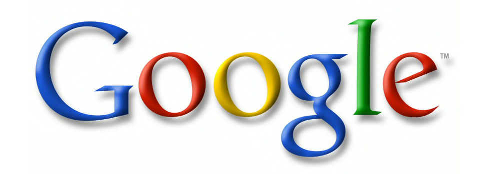
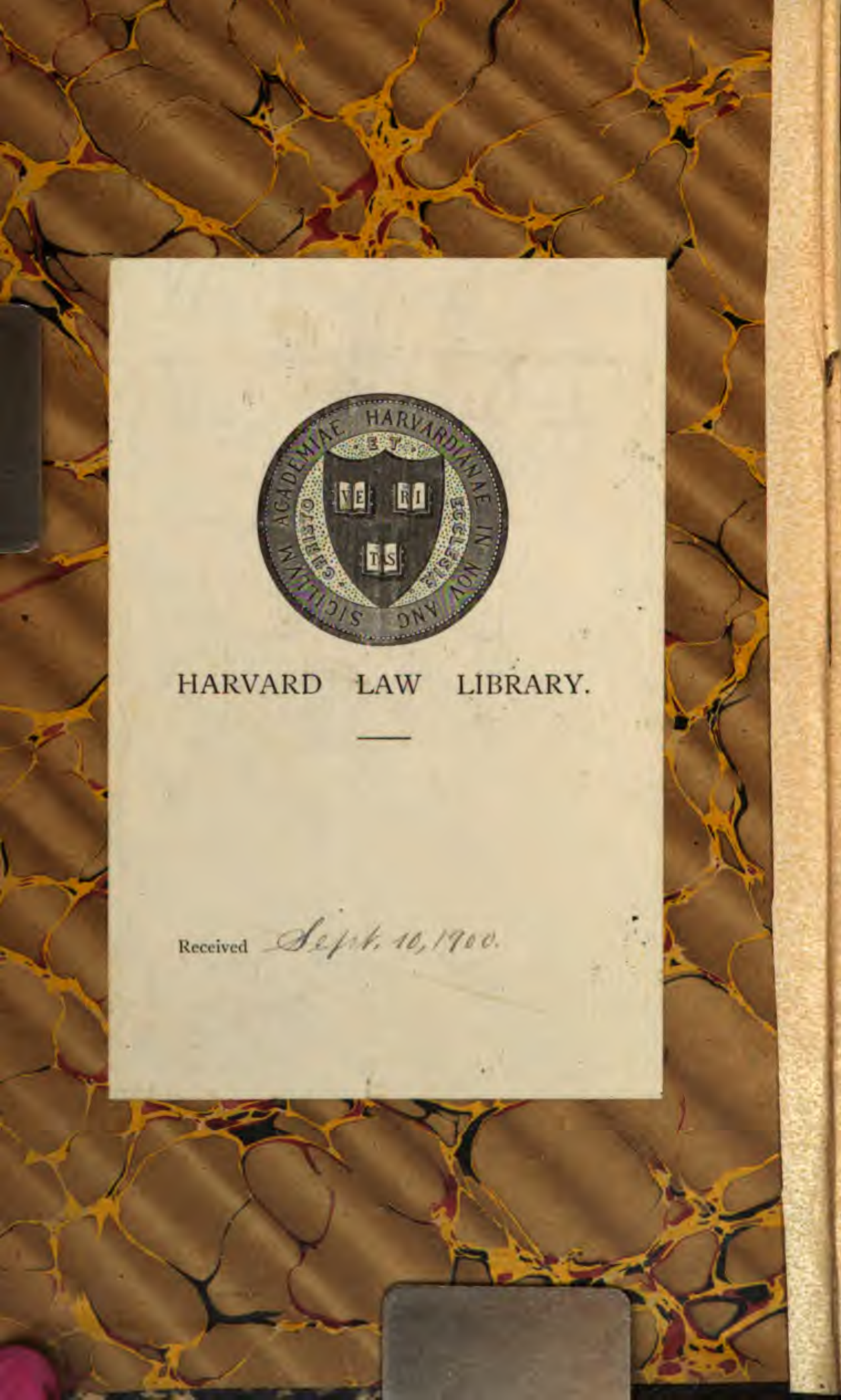



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 967 508


HARVARD LAW LIBRARY.
Received Sept. 10, 1900.



Belgium

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Bruxelles. — Typ. BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME ONZIÈME.

(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie,
ÉDITEURS.
RUE BLAES, 33

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ.
A. CHEVALIER-MARESCQ, SUCCESSEUR,
RUE SOUFFLOT, 20.

1878



Rec. Sept. 10, 1900.

TITRE II.

DES SUCCESSIONS (suite).

CHAPITRE X.

DROITS ET OBLIGATIONS DES HÉRITIERS ENTRE EUX.

(Suite.)

SECTION II. — Du rapport (suite.)

§ IX. *Comment se fait le rapport.*

N° 1. NOTIONS GÉNÉRALES.

1. Aux termes de l'article 858, le rapport se fait en nature ou en moins prenant. Les donations rapportables sont des avancements d'hoirie; l'héritier donataire doit donc les remettre dans la masse des biens qui composent l'hérédité. Ainsi le rapport a pour objet de faire rentrer dans le patrimoine du défunt les choses qui en sont sorties par des libéralités entre vifs. On peut arriver à ce résultat de deux manières. La plus simple consiste à remettre dans la succession les choses mêmes que l'héritier donataire a reçues, pour être partagées avec les autres biens entre tous les héritiers : c'est le rapport en nature. Le rapport peut aussi se faire en moins prenant, par voie d'imputation ou de prélèvement. Dans ce cas, on rapporte fictivement à la masse la valeur de ce qui a été donné, afin de

déterminer le montant de la masse partageable et la part que chaque héritier y doit prendre; puis le donataire impute sur sa part la valeur de la chose donnée qu'il conserve. On suppose que le défunt laisse des biens meubles et immeubles pour une valeur de 40,000 francs; il a donné entre vifs à l'un de ses héritiers une somme de 5,000 fr.; on réunit fictivement les 5,000 aux 40,000, la masse de la succession est donc de 45,000 francs; il y a cinq héritiers, chacun doit avoir 9,000 francs pour sa part; l'héritier donataire de 5,000 francs les garde; il lui est encore dû 4,000; chacun des autres héritiers prend 9,000 francs. Pour procéder par voie d'imputation, il faut faire pour l'héritier donataire un lot à part de 4,000 francs; or, on ne peut faire de lots d'attribution que si tous les héritiers, présents et capables, y consentent. Quand le partage se fait en justice, on procède par voie de prélèvement, c'est-à-dire que les héritiers à qui le rapport de 5,000 francs est dû prélèvent une valeur égale sur la masse de la succession. Les prélèvements, dit l'article 830, se font, autant que possible, en objets de même nature, qualité et bonté, que les objets non rapportés en nature. Après ces prélèvements, ajoute l'article 831, on compose, avec ce qui reste dans la masse, autant de lots égaux qu'il y a d'héritiers copartageants (1).

2. Le rapport en moins prenant, qu'il se fasse par voie de prélèvement ou d'imputation, suppose qu'il y a dans la succession des biens suffisants pour former les lots de tous les copartageants. Il va sans dire que s'il n'y a rien dans la succession, l'héritier donataire doit y remettre la valeur qu'il est tenu à rapporter. Cela résulte des termes mêmes de la loi, et la loi ne le dirait pas que le bon sens le dirait. L'article 869 porte que le rapport de l'argent se fait en moins prenant dans le numéraire de la succession, ce qui suppose évidemment qu'il existe du numéraire dans la succession, ou d'autres biens, meubles ou immeubles, comme le dit le deuxième alinéa de l'article : « En cas

(1) Chabot, t. II, p. 510, nos 1-3 de l'article 858. Comparez le tome IX de mes *Principes*, nos 326 et 327, p. 379 et suiv.

d'insuffisance, le donataire peut se dispenser de rapporter du numéraire en abandonnant, jusqu'à due concurrence, du mobilier, et, à défaut de mobilier, des immeubles de la succession. » Donc s'il n'y a ni meubles, ni immeubles, ni numéraire, le donataire devra rapporter du numéraire, c'est-à-dire en mettre dans la masse, pour être partagé entre ses cohéritiers (1).

3. Le rapport des immeubles se fait, en principe, en nature ; il y a cependant des cas où, par exception, il a lieu en moins prenant (art. 859). Quant au mobilier, il ne se rapporte qu'en moins prenant (art. 868). Quelle est la raison de cette différence? C'est une disposition traditionnelle. La coutume d'Orléans, commentée par Pothier, disait que les héritages devaient se rapporter *en essence et en espèce*. « Cela a été prescrit, dit Pothier, pour établir entre les enfants une égalité parfaite, qui ne le serait pas si l'un pouvait conserver de bons héritages, pendant que les autres n'auraient que de l'argent, dont ils auraient souvent de la peine à faire un bon emploi (2). » Cette raison tient au vieux préjugé qui estimait les immeubles infiniment plus que les meubles. Nous ne disons plus aujourd'hui, *vilis mobilium possessio*. La différence que la loi établit entre le rapport des meubles et celui des immeubles a encore une autre raison. Il y a d'abord des meubles qui se consomment par l'usage : tel est l'argent, et les donations de sommes d'argent sont les plus fréquentes des donations mobilières ; comme elles ne peuvent pas se rapporter en nature, le rapport doit se faire en moins prenant. Notre question se réduit donc à savoir pourquoi les meubles corporels se rapportent en moins prenant, tandis que le rapport des immeubles se fait en nature. Il y a de cela un motif péremptoire. Le rapport doit faire rentrer dans la succession la valeur qui en est sortie par la donation. Pour que ce but soit atteint quant au mobilier, il faut que le rapport s'en fasse en moins prenant, c'est-à-dire que le donataire rapporte la valeur que les meubles avaient lors

(1) Paris, 13 août 1859 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1153).
(2) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. II, § VII.

de la donation. En effet, les meubles perdent de leur valeur par l'usage que l'on en fait; ils se déprécient par les caprices de la mode : si donc le donataire restituait les objets mobiliers qu'il a reçus, il rapporterait souvent une valeur infiniment moindre que celle qui est sortie du patrimoine du donateur. Il en est tout autrement des immeubles; leur valeur s'accroît progressivement par le cours naturel des choses. C'est une loi économique, à laquelle les révolutions, les guerres, les crises de l'industrie et du commerce font seules exception. Donc régulièrement l'immeuble donné aura acquis une plus-value lors de l'ouverture de l'hérédité; le moyen le plus simple pour que la succession en profite, c'est de rapporter l'immeuble en nature (1).

4. Il y a une autre différence entre le rapport des meubles et celui des immeubles. D'après l'article 868, le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant. La disposition est conçue en termes restrictifs; il en résulte que le donataire ne peut pas offrir le rapport en nature, et on ne peut pas l'exiger de lui : il est obligé de rapporter l'estimation de ce qu'il a reçu. En parlant du rapport des immeubles, la loi dit qu'il peut être exigé en nature, mais elle permet au donataire de le faire en moins prenant lorsqu'il se trouve dans la succession des immeubles de même nature dont on puisse faire des lots à peu près égaux (art. 859) : c'est une faculté dont il peut ne pas user. Mais il ne pourrait pas offrir le rapport en moins prenant si ses cohéritiers exigeaient le rapport en nature. Est-ce à dire que les dispositions des articles 868 et 859 soient d'ordre public? Non, certes, puisqu'elles ne sont établies que dans l'intérêt des copartageants. Il est également certain que le donateur peut déroger aux règles établies par le code sur la manière de faire le rapport. On peut donc faire une donation mobilière sous la condition que les choses données seront rapportées en nature. Quand des créances ou des rentes forment l'objet de la donation, le motif pour lequel

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 177 et suiv. Demolombe, t. XVI, p. 635, n° 539.

la loi prescrit le rapport en moins prenant n'existe pas : les droits ne se déprécient pas par le temps. Toujours est-il, comme nous le dirons plus loin, que le rapport s'en fait en moins prenant; si l'intention du donateur est que le rapport s'en fasse en nature, il faut qu'il la déclare expressément, puisque c'est une exception au droit commun (1). De même le donateur qui peut dispenser le donataire d'un immeuble de tout rapport a, à plus forte raison, le droit de le dispenser du rapport en nature. Cela a été dit au conseil d'État (2), bien entendu dans les limites de la portion disponible, comme Tronchet en a fait la remarque. Nous reviendrons sur ce point en traitant du rapport des immeubles.

N° 2. RAPPORT DES DONATIONS MOBILIÈRES.

5. D'après l'article 868, le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant; l'article 869 ajoute que le rapport de l'argent donné se fait en moins prenant dans le numéraire de la succession. L'application du principe n'est pas sans difficulté, quand une dot est promise en argent et que le donateur donne un immeuble en payement. Il a été jugé d'abord par la cour de cassation que l'immeuble ayant été donné en avancement d'hoirie devait être rapporté en nature (3). La cour a depuis décidé la question en sens contraire, même dans le cas où le contrat de mariage portait que la dot constituée en argent serait payable en un immeuble déterminé (4). Il y a un motif de douter. Ne peut-on pas dire que l'objet du rapport est de faire rentrer dans la succession la chose qui est sortie du patrimoine du défunt par l'effet de la donation? Or, quand un immeuble est donné en payement de la dot, c'est un immeuble qui sort du patrimoine du donateur pour entrer dans celui du donataire; l'esprit de la loi est certainement que

(1) Demante, t. III, p. 312, n° 201 *bis* VII, suivi par Demolombe, t. XVII, p. 668, nos 552 et 553. Demolombe admet une dérogation tacite.
(2) Séance du 2 nivôse an XI, n° 14 (Locré, t. V, p. 71).
(3) Rejet, 19 décembre 1811 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1306).
(4) Rejet, 4 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 193) et 17 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 302).

cet immeuble rentre dans la succession. Reste à savoir si le texte de la loi ne décide pas la question. Aux termes de l'article 869, c'est l'argent *donné* qui doit être rapporté en moins prenant; il faut donc voir quelle est la chose donnée. Lorsque le contrat de mariage constitue la dot en argent, et qu'ensuite elle est payée en immeubles, c'est bien une somme d'argent qui est donnée, c'est donc une donation mobilière, et par suite il y a lieu au rapport en moins prenant. Mais si le contrat porte que la dot sera payée en un immeuble déterminé, c'est l'immeuble qui fait l'objet de la donation; le donateur est débiteur de l'immeuble, et par conséquent le donataire n'a jamais eu droit à une somme d'argent : cela décide la difficulté, nous semble-t-il.

La question inverse s'est présentée. Un immeuble est constitué en dot, avec estimation portant que l'estimation vaut vente. Le mari devient propriétaire de l'immeuble et débiteur du prix (art. 1552). Dans ce cas, il n'y a aucun doute. La femme n'a jamais eu de droit sur l'immeuble, elle est donataire du prix, donc d'une somme d'argent; par conséquent le rapport se fera en moins prenant(1). Cela prouve qu'il ne suffit pas qu'un immeuble sorte du patrimoine du donateur, par suite de la donation, pour qu'il y ait donation immobilière, il faut aussi que la donation en transporte la propriété au donataire.

6. L'article 868 dit que le rapport du mobilier se fait en moins prenant sur le pied de la valeur du mobilier lors de la donation. Il résulte de là que le donataire n'est pas débiteur des objets mobiliers qui lui ont été donnés, il est débiteur de leur valeur. Par conséquent il devient propriétaire irrévocable des effets qu'il a reçus; il sont à ses risques, ils se détériorent pour lui et ils périssent pour lui. C'est l'application du vieil adage *res perit domino,* adage qui suppose que la chose qui périt ne fait pas l'objet d'une obligation; si elle périt, elle périt naturellement pour celui à qui elle appartient. Nous dirons plus loin que l'on suit d'autres principes pour les donations d'immeubles (art. 855).

(1) Rejet, 3 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3390, 3°).

Par contre, si les choses données augmentaient de valeur, le donataire en profiterait ; les chances, bonnes ou mauvaises, sont pour le propriétaire (1).

7. Pourquoi le rapport du mobilier se fait-il sur le pied de sa valeur lors de la donation, tandis que le rapport des immeubles est dû de la valeur qu'ils ont à l'époque de l'ouverture de l'hérédité, alors même que le rapport s'en fait en moins prenant? Dans l'ancien droit, on soutenait que les choses mobilières aussi bien que les immeubles devaient être rapportées d'après leur valeur à l'époque de l'ouverture de la succession : ce qui semblait plus juste, puisque c'est cette valeur qui est sortie du patrimoine du défunt. Les auteurs du code ont adopté l'opinion de Pothier; elle prévient les difficultés qui se présenteraient sur le point de savoir si les choses données ont diminué de valeur par la faute du donataire, ou par l'usage légitime qu'il en a fait (2). On peut dire, à l'appui de cette doctrine, que le donataire n'a pas le droit de se plaindre, puisqu'il a joui de la valeur qu'il doit rapporter. Il suit de là que si le donateur s'est réservé l'usufruit du mobilier donné, le donataire en doit seulement la valeur à l'époque de l'ouverture de l'hérédité, car c'est, en réalité, cette valeur-là qui fait l'objet de la donation (3).

Comment estime-t-on la valeur du mobilier? L'article 868 décide que c'est d'après l'état estimatif qui doit être annexé à l'acte, conformément à l'article 948. Il a été jugé que les héritiers peuvent demander une nouvelle estimation à leurs frais (4) ; en effet, celle qui se trouve dans l'état estimatif peut être inexacte, et il ne doit pas dépendre du donateur d'affranchir de l'obligation du rapport une partie des valeurs qu'il donne à son héritier. A la vérité, il peut dispenser du rapport, mais il faut pour cela une déclara-

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. II, § VII. Chabot, t. II, p. 545, nos 1 et 2 de l'article 868.

(2) Chabot, t. II, p. 546, n° 3 de l'article 868.

(3) Riom, 23 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1302). Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 472, note 2 du § 634.

(4) Douai, 1er août 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1301). Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 44, note 7.

tion expresse de volonté, et la dispense ne peut avoir lieu que dans les limites du disponible.

S'il n'y a pas d'état estimatif, dit l'article 868, le rapport se fait d'après une estimation par experts, à juste prix et sans crue (1). Comme l'état estimatif est prescrit à peine de nullité, on demande comment la loi peut supposer qu'une donation mobilière soit faite sans état et néanmoins sujette à rapport. On répond qu'il y a des donations mobilières qui ne sont sujettes à aucune forme, ce sont les dons manuels. Puis, en supposant que la donation ait été faite par acte, mais sans état, elle serait nulle, il est vrai, mais l'héritier, dit-on, n'en devrait pas moins le rapport, puisqu'il détiendrait les meubles sans cause (2). Qu'il soit tenu de les restituer, cela est évident : mais cette restitution serait-elle soumise aux règles du rapport? Il serait plus exact de dire, nous semble-t-il, que le donateur, et par suite ses héritiers, auraient, en ce cas, une action en revendication. Ce ne serait pas un rapport, parce qu'il n'y a ni libéralité ni dette.

8. L'article 868 s'applique-t-il au rapport des créances et des rentes sur l'Etat ou sur des particuliers? La question est controversée; elle ne le serait pas si les interprètes avaient plus de respect pour le texte de la loi, car le texte la décide. D'après l'article 868, le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant. Que faut-il entendre par mobilier? Cette expression comprend-elle les choses incorporelles, les droits et les créances? L'article 535 répond qu'elle comprend tout ce qui est censé meuble d'après les règles établies par les articles qui précèdent; or, les articles 529 et 530 déclarent meubles les obligations, les actions et les rentes; donc les droits, de même que tous les effets mobiliers, se rapportent en moins prenant (3). On objecte que dans l'article 868 le mot *mobilier* ne s'applique qu'aux meubles corporels; il est vrai que les motifs pour

(1) Sur le sens de l'expression *sans crue*, voyez le tome X de mes *Principes*, p. 346, n° 316.
(2) Demante, t. III, p. 310, n° 201 *bis* II. Chabot, t. II, p. 547, n° 5 de l'article 868.
(3) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 473, note 7 du § 634, et les autorités qui y sont citées. Demolombe, t. XVI, p. 661, n°s 547-550.

lesquels la loi prescrit le rapport en moins prenant des donations mobilières ne concernent guère les droits et les créances; ces valeurs ne se déprécient ni par le temps, ni par la mode. Nous répondons qu'il en est de même de bien des meubles corporels : tels sont les bijoux et les diamants que, dans l'ancien droit, Lebrun déclarait rapportables en nature. Les motifs que l'on donne pour justifier un principe ne s'appliquent pas toujours à tous les cas auxquels le principe reçoit son application. On insiste, et l'on dit que l'article 868 suppose un état estimatif; or, l'état estimatif n'est exigé que pour les meubles corporels : estime-t-on une créance? La réponse est toujours dans le texte de la loi; l'article 948 ne parle pas de meubles corporels, il ordonne l'estimation pour la donation des effets mobiliers en général, donc aussi des créances. Et il y a de cela une très-bonne raison : la valeur d'une créance n'est pas toujours le montant nominal porté à l'acte, elle dépend de la solvabilité du débiteur; les actions industrielles montent et baissent, donc pour que le donataire rapporte ce qu'il a reçu, il faut qu'il rapporte la valeur à l'époque de la donation. Tel est le véritable esprit de la loi, elle embrasse donc dans sa prévoyance tout ce qui est meuble. On a cependant prétendu que le code ne parlait pas des droits et des créances. C'est un de ces paradoxes comme Marcadé les aime (1). L'article 535 n'existerait pas qu'il faudrait encore décider que le mot *mobilier*, dans l'article 868, comprend tout ce qui est meuble. En effet, le donataire doit rapporter *tout* ce qu'il a reçu du défunt à titre gratuit; le rapport étant prescrit pour *toute* libéralité, la loi devait dire comment il se fait pour toute espèce de biens; or, tous les biens sont ou meubles ou immeubles; l'article 859 traite du rapport des immeubles; donc l'article 868, en parlant du rapport du mobilier, doit entendre par cette expression tout ce qui n'est pas immeuble, partant les meubles incorporels aussi bien que les meubles corporels.

(1) Marcadé, t. III, p. 269, n° II de l'article 868. Comparez, dans le même sens, Delvincourt, t. II, p. 42, note 7; Malpel, p. 619, n° 287; Taulier, t. III, p. 371.

Nous croyons inutile d'insister, l'opinion que nous suivon. étant enseignée par presque tous les auteurs.

La jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'opinion générale (1). Comme le dit très-bien le tribunal de Bruxelles, les termes clairs et précis de l'article 868 ne peuvent donner matière à interprétation : il a appliqué, en conséquence, cette disposition aux actions charbonnières, déclarées meubles par le code civil et par la loi du 21 avril 1810 (art. 8). En confirmant cette décision, la cour d'appel ajoute que le principe établi par l'article 843 exige que le rapport des actions se fasse d'après la valeur qu'elles ont à l'époque de la donation; en effet, l'héritier doit rapporter ce qu'il *a reçu* du défunt; or, s'il rapportait les actions mêmes, il rapporterait presque toujours plus ou moins que ce qu'il a reçu (2).

9. L'article 869 porte : « Le rapport de l'argent donné se fait en moins prenant dans le numéraire de la succession. » C'est l'application à l'argent du principe posé par l'article 868; l'argent est, en effet, compris dans le mot *mobilier*; c'est d'ordinaire en argent que se font les donations mobilières; comme ce sont les libéralités les plus fréquentes, le législateur a cru devoir régler d'une manière spéciale comment le rapport se fait. Constatons d'abord que ce ne sont jamais les espèces reçues que le donataire rapporte en nature : il a reçu une valeur en espèces ayant cours lors de la donation, il rapporte la même valeur en espèces ayant cours lors de l'ouverture de l'hérédité; peu importe qu'il y ait eu augmentation ou diminution d'espèces. C'est un principe général établi par l'article 1895, aux termes duquel le débiteur doit toujours rendre la somme numérique qu'il a reçue, et ne doit rendre que cette somme, dans les espèces ayant cours au moment du payement (3).

L'article 869 ajoute que si le numéraire de la succes-

(1) Nîmes, 24 janvier 1828 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1303).
(2) Bruxelles, 26 mai 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 334).
(3) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV p. 474, note 6 du § 634. En sens contraire, Chabot, t. II, p. 550, n° 1 de l'article 869. Comparez Duranton, t. VII, p. 583, n° 408.

sion est insuffisant, le donataire peut se dispenser de rapporter du numéraire, en abandonnant, jusqu'à due concurrence, du mobilier, et, à défaut de mobilier, des immeubles de la succession. Il résulte de cette disposition que le donataire d'une somme d'argent peut en faire le rapport en versant du numéraire dans la masse; droit que n'a pas le donataire d'effets mobiliers, lequel ne serait pas admis à rapporter, soit le mobilier qu'il a reçu, soit des meubles de même nature. Si le donataire d'une somme d'argent ne veut pas rapporter du numéraire, il peut demander que ses cohéritiers prélèvent la valeur dont il doit le rapport en meubles héréditaires, et, à défaut de meubles, en immeubles. Pourrait-il abandonner des immeubles alors qu'il y aurait du mobilier dans l'hérédité? On enseigne la négative, en se fondant sur le texte de l'article 869 (1). Il nous semble que la loi entend accorder une faveur au donataire, en lui permettant d'abandonner d'abord des meubles, puis des immeubles, à défaut de mobilier; or, chacun peut toujours renoncer à ce qui est établi en sa faveur : de quoi les héritiers se plaindraient-ils si on leur abandonne des biens que le législateur considère comme les plus précieux?

10. La disposition de l'article 869 serait-elle applicable au rapport d'effets mobiliers? Oui, en ce sens que ce rapport se fait aussi en moins prenant; le rapport du mobilier et de l'argent est donc identique. Il suit de là que le donataire peut verser dans la masse, en numéraire, la somme dont il est débiteur, et qu'il peut aussi abandonner du mobilier ou des immeubles. S'il abandonne du mobilier héréditaire, faut-il que ce soient des meubles de même nature? L'article 830 dit que les prélèvements se font, *autant que possible*, en objets de même nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature. Cette disposition s'applique-t-elle au rapport du mobilier? On l'enseigne (2) : il nous semble que l'article 830 suppose un

(1) Demante, t. III, p. 314, n° 203 *bis* II, suivi par Demolombe, t. XVI, p. 673, n° 557.

(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 177. Comparez Demante, t. III, p. 314, n° 203 *bis* III.

rapport qui régulièrement devrait se faire en nature, c'est-à-dire un rapport d'immeubles; or, le rapport du mobilier se fait toujours en moins prenant, et les cohéritiers du donataire n'ont guère d'intérêt à recevoir des meubles de même nature que ceux qui ont été donnés; ils trouvent toujours à les vendre s'ils ne leur conviennent point.

L'article 869 s'applique-t-il aussi au rapport des immeubles quand il se fait en moins prenant? C'est-à-dire le donataire pourra-t-il, en ce cas, verser du numéraire, ou abandonner à son choix soit des meubles, soit des immeubles? D'après ce que nous venons de dire, l'article 830 serait applicable plutôt que l'article 869. L'égalité qui doit régner entre cohéritiers le veut ainsi. On considère les immeubles comme les biens les plus précieux. Puisque l'héritier donataire a reçu des immeubles, il convient que le rapport se fasse en immeubles (1).

N° 3. RAPPORT DES IMMEUBLES.

I. *Principe et conséquences.*

11. En principe, le rapport des immeubles se fait en nature (art. 859). Il suit de là que la propriété du donataire est résolue par le rapport. En vertu de la donation, il est devenu propriétaire, mais lors de l'ouverture de l'hérédité, l'immeuble rentre dans la masse; la donation est donc résolue, et elle est résolue rétroactivement; le donataire est censé n'avoir jamais été propriétaire de la chose donnée. La loi admet cependant des exceptions à ce principe : le donataire gagne les fruits et il peut aliéner. Il en résulte que le droit du donataire est d'une nature spéciale : il peut aliéner et il ne peut pas hypothéquer : il gagne les fruits, et il est censé n'avoir jamais été proprié-

(1) Voyez, en sens divers, Marcadé, t. III, p. 256 et suiv., n[os] I et II de l'article 869; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 510, n° 737; Demante, t. III, p. 314. n° 203 *bis* IV; Demolombe, t. XVI, p. 674, n° 558.

taire. Nous avons dit pourquoi la loi lui attribue les fruits (1); nous dirons plus loin pourquoi elle lui permet d'aliéner.

12. Du principe que l'héritier doit rapporter l'immeuble en nature, suit qu'il est débiteur d'un corps certain. L'article 855 consacre une conséquence de ce principe. « L'immeuble qui a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire n'est pas sujet à rapport. » C'est l'application au rapport de l'article 1302, aux termes duquel l'obligation qui a pour objet un corps certain et déterminé s'éteint si la chose a péri sans la faute du débiteur. Quand y a-t-il faute? Nous renvoyons la question au titre des *Obligations*, où est le siége de la matière; pour le moment, il suffit de remarquer que le débiteur est responsable dès que la chose périt par son *fait*; l'article 863 le dit des dégradations, et le même principe s'applique à la destruction de la chose (2) : nous reviendrons sur ce point.

L'article 855 dit que l'obligation du rapport cesse quand l'immeuble a péri *par cas fortuit et sans la faute* du donataire. Ainsi il ne serait pas libéré si le cas fortuit avait été amené par une faute de l'héritier. C'est le droit commun. L'incendie est très-souvent la suite d'une imprudence de celui qui habite la maison; dans ce cas, le débiteur n'est pas libéré de son obligation. Il y a quelque difficulté dans l'application de ce principe. Le titre du *Bail* contient des dispositions concernant l'incendie : peut-on appliquer l'article 1733 au donataire d'un immeuble? En tant que l'article 1733 déroge aux principes généraux, on ne peut pas l'étendre; on doit, au contraire, en faire l'application à l'héritier en tant qu'il consacre le droit commun. Nous reviendrons sur ce point au titre du *Bail*. Il y a un principe qu'il faut, sans doute aucun, appliquer à l'héritier donataire. Il est débiteur d'un corps certain, s'il ne le rapporte pas, il doit prouver qu'il est libéré par la perte fortuite. Suffira-t-il qu'il prouve que l'immeuble a été détruit par un incendie? Non, car l'incendie n'est un cas

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, n° 628. Comparez Chabot, t. II, p. 475, n° 1 de l'article 855.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 504, n° 730.

fortuit que lorsqu'il n'a été amené par aucune faute. Il faut donc que le donataire prouve que l'immeuble a péri sans sa faute : c'est le droit commun (1).

Si le donataire prouve qu'il n'est pas en faute, il est libéré de son obligation. De là suit qu'il ne doit pas rapporter l'indemnité qu'il a reçue d'une compagnie d'assurances. Il a droit à cette indemnité en vertu du contrat aléatoire, dont il profite si la chose périt, tandis qu'il aurait perdu la prime qu'il a payée si la chose n'avait pas péri (2).

Le donataire répondrait-il de l'incendie s'il avait loué la maison? On prétend qu'il répond du fait de ses locataires (3); mais nous ne voyons pas sur quoi cette responsabilité serait fondée. En principe, chacun ne répond que de sa faute; l'on ne répond de la faute d'autrui que dans les cas déterminés par la loi. On invoque l'article 864, qui traite des dégradations faites par l'acquéreur; nous dirons plus loin comment il faut entendre cette disposition; en tout cas, elle est étrangère à notre question. Nous restons donc sous l'empire du principe général, en vertu duquel le donataire ne répond de la perte que lorsqu'il est en faute (4).

L'héritier aliène l'immeuble, lequel périt entre les mains de l'acquéreur. Si c'est par cas fortuit, il n'y a plus lieu au rapport. C'est l'opinion commune; nous y reviendrons (n° 30). Il en serait autrement si l'aliénation avait été faite après l'ouverture de la succession. D'abord l'héritier n'a plus le droit d'aliéner, puisque la donation est résolue. Puis l'obligation du rapport est née dès l'ouverture de la succession. A partir de ce moment, l'héritier est débiteur. De la combinaison de ces deux principes, il résulte que la perte de l'immeuble ne libère pas l'héritier; car son obligation

(1) Voyez, en sens divers, Chabot, t. II, p. 476, n° 2 de l'article 855; Duranton, t. VII, p. 569, n° 393; Aubry et Rau, t. IV, p. 476, note 12 du § 634.

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 476, note 11 du § 634, suivis par Demolombe, t. XVI, p. 609, n° 491.

(3) Chabot, t. II, p. 477, n° 2 de l'article 855; Duranton, t. VII, p. 569, n° 393.

(4) Delvincourt, t. II, p. 132. Vazeille, t. I, p. 410, n° 3 de l'article 855

consiste dans des dommages-intérêts, qu'il doit pour avoir vendu la chose d'autrui ; la perte de la chose ne peut pas l'affranchir de cette obligation, à moins qu'il ne prouve que l'immeuble eût également péri s'il n'avait pas été aliéné ; dans ce cas, il n'est pas responsable, quoiqu'il soit en faute, parce que sa faute n'a pas causé de dommage à ses cohéritiers (1).

Reste une dernière hypothèse. L'immeuble périt après l'ouverture de l'hérédité, mais il avait été aliéné avant cette époque. Il n'y a pas de doute dans ce cas ; l'obligation du rapport est née au moment où la succession s'est ouverte ; elle consistait à rapporter la valeur de l'immeuble ; l'héritier n'est plus débiteur de l'immeuble, il ne peut donc pas être libéré par la perte de la chose.

13. Un héritier échange, pendant l'indivision, un immeuble appartenant à l'hérédité. Il a été jugé qu'il pouvait être obligé à rapporter en nature l'immeuble qu'il avait reçu en échange (2). Etait-ce bien le cas d'appliquer les principes qui régissent le rapport? Il est certain que si l'héritier avait vendu l'immeuble, il n'aurait pas pu invoquer l'article 860, aux termes duquel l'immeuble aliéné ne se rapporte qu'en moins prenant ; quand l'héritier aliène un bien qui appartient à la succession, ses cohéritiers ont le droit de comprendre cet immeuble dans la masse partageable ; c'est le résultat du partage qui décidera si l'aliénation est valable. Si, au lieu de vendre, l'héritier échange un immeuble, sa position est la même ; ses cohéritiers peuvent également comprendre l'immeuble dans le partage. On dit qu'ils sont libres de renoncer à ce droit, de maintenir l'échange, comme ayant été fait en leur nom par l'échangiste, ce qui conduit à la décision consacrée par la cour de Bastia. Mais à quel titre maintiendraient-ils un échange où ils n'ont pas été parties? Dira-t-on que l'héritier qui a échangé l'immeuble a agi comme gérant d'affaires ou comme mandataire? C'est une fausse théorie, à notre avis. Dans l'espèce, en tout cas, elle était inappli-

(1) En sens contraire, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 415, note 20.
(2) Bastia, 5 novembre 1844 (Dalloz. 1845, 2, 6).

cable, car l'échangiste avait agi en son nom propre, et il prétendait maintenir l'échange à son profit. Il fallait décider la question d'après les principes qui régissent les droits des héritiers pendant l'indivision (1); les règles du rapport étaient hors de cause.

II. *Droits et obligations du donataire.*

14. Aux termes de l'article 861, il doit être tenu compte au donataire des impenses qui ont amélioré la chose. Si la plus-value provient de causes étrangères au donataire, celui-ci ne peut réclamer aucune indemnité. Telle serait une alluvion, ou l'accroissement des bois futaies (2); le donataire n'ayant rien dépensé pour procurer cette augmentation de valeur, il ne peut être question de l'indemniser. Si le fonds était resté dans les mains du défunt, il aurait acquis la même plus-value, c'est donc cette plus-value qui est sortie de son patrimoine, partant c'est le fonds ainsi accru qui doit rentrer dans la succession.

15. L'héritier donataire n'a droit à une indemnité que lorsqu'il a fait des dépenses sur le fonds qu'il rapporte. D'après les articles 860 et 861, il faut distinguer les impenses nécessaires et les impenses utiles. Les impenses nécessaires, dit la loi, sont celles que le donataire a faites pour la conservation de la chose; il doit être tenu compte à l'héritier de ces dépenses, encore qu'elles n'aient pas amélioré le fonds. Pothier en dit la raison; si le défunt n'avait pas fait de donation, il aurait dû faire lui-même cette impense, et la somme qu'il aurait déboursée de ce chef se serait trouvée de moins dans son patrimoine; donc sa succession profite de ce que le donataire a avancé pour le donateur. C'est la somme même qui a été déboursée que le donataire peut réclamer, bien entendu s'il n'a pas fait de dépenses excessives; s'il a dépensé plus qu'un bon père de famille aurait dépensé, il doit perdre l'excédant (3).

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 247, n°s 215 et 216.
(2) Bourges, 8 mai 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1267).
(3) Pothier, *Des successions*, chap. VI, art. II, § VII. Chabot, t. II, p. 528, n° 2 de l'article 862.

Même dans ces limites, le donataire n'a pas droit à toutes les dépenses nécessaires ; il y en a qui restent à sa charge, ce sont les dépenses d'entretien. Elles sont nécessaires en ce sens qu'elles doivent être faites pour empêcher le fonds de se détériorer ; néanmoins c'est le donataire qui doit les supporter, parce qu'elles sont une charge des fruits qu'il gagne. Quand l'immeuble donné est rapporté, le donataire n'a été en réalité qu'un usufruitier ; comme tel, il est tenu des réparations d'entretien (art. 605). Il suit de là qu'il n'a droit à une indemnité que pour les grosses réparations faites pour la conservation de la chose (1). Le donataire y a droit alors même que les travaux auraient été détruits par un cas fortuit, comme si, dit Pothier, le feu du ciel détruisait la grange que le donataire a reconstruite ; c'est un cas fortuit qui frappe le propriétaire ; or, par l'effet du rapport, la chose donnée est censée être toujours restée dans le patrimoine du donateur.

16. La loi suit d'autres principes pour les impenses utiles. On entend par là celles qui améliorent la chose ; il en est tenu compte au donataire jusqu'à concurrence de ce dont la valeur de l'immeuble se trouve augmentée lors du partage (art. 861). Le donataire a droit au remboursement, non de la dépense, mais de la plus-value, parce que le motif pour lequel on lui rembourse ces impenses ne s'applique qu'à la plus-value ; si la succession est tenue de lui payer une indemnité pour ses travaux, c'est qu'elle en profite, puisque l'immeuble est rapporté avec une valeur plus grande que celle qui est sortie du patrimoine du défunt. Par application du même principe, le donataire ne peut répéter les impenses utiles que si la plus-value existe encore lors du partage, et dans les limites de cette plus-value. Si donc l'augmentation de valeur ne subsiste plus, par suite d'une cause quelconque, le donataire ne peut rien répéter, puisque la succession ne profite pas de ses travaux ; de même si la plus-value a diminué, il n'a droit qu'à l'utilité qui en résulte pour la succession (2).

(1) Demante, t. III, p. 299, n° 197 *bis* II. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 477, note 14 du § 634.
(2) Chabot, t. II, p. 524, n° 1 de l'article 861, et tous les auteurs.

Que faut-il décider si la plus-value dépasse la dépense? Il a été jugé que le donataire n'a droit qu'à la dépense, et telle est aussi la doctrine des auteurs (1). Cela nous paraît très-douteux. Le texte est contraire : « Eu égard, dit l'article 861, à ce dont la valeur de l'immeuble se trouve augmentée au temps du partage. » C'est donc la plus-value que le donataire peut répéter, parce que c'est de la plus-value que la succession s'enrichit. On objecte que le titre du donataire étant résolu, le bien est censé avoir toujours appartenu au défunt, que c'est par conséquent ce patrimoine, c'est-à-dire la succession qui doit profiter de l'augmentation de valeur (2). La raison serait décisive si la plus-value était indépendante du fait du donataire; mais quand c'est lui qui a procuré la plus-value, n'est-il pas juste qu'il en profite? Il est certain qu'il en aurait profité s'il avait aliéné l'immeuble, puisqu'il en aurait retiré un prix plus élevé; dès lors il en doit profiter aussi s'il fait le rapport en nature.

L'article 861 porte que l'on estime la plus-value à l'époque du partage. Cela n'est guère en harmonie avec les articles 850 et 860, d'après lesquels le rapport des immeubles, quand il a lieu en moins prenant, se fait de la valeur à l'époque de l'ouverture de la succession. On s'est prévalu de cette anomalie pour soutenir qu'il y a une erreur de rédaction dans l'article 861 : c'est, dit-on, un vestige de l'ancien droit, que l'on a conservé par inattention. En effet, dans l'ancien droit, le rapport en moins prenant se faisait de la valeur de l'immeuble lors du partage, et par suite aussi l'estimation des impenses utiles. Le code, ayant changé de système pour le rapport, devait aussi changer de système pour les impenses (3). Logiquement, cela est vrai, mais la logique n'autorise pas l'interprète à s'écarter d'un texte clair et formel. Il y a d'ailleurs des raisons plausibles qui justifient la disposition de la loi. Quand estime-t-on d'ordinaire les biens? Ce n'est pas

(1) Bastia, 9 mars 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1271).
(2) Demante, t. III, p. 299, n° 197 *bis* III.
(3) Chabot, t. II, p. 525, n° 4 de l'article 861. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 503, n° 729.

lors de l'ouverture de l'hérédité, c'est lors du partage; c'est à ce moment que les héritiers profitent de la plus-value; il leur importe donc que l'héritier donataire soit intéressé à conserver cette augmentation de valeur à l'immeuble jusqu'au partage (1).

17. Quand l'indemnité pour impenses est-elle exigible et par suite compensable? Il a été jugé qu'elle ne peut être exigée que lorsque l'héritier, à qui le rapport est dû, est mis en possession de l'immeuble (2). Il nous semble que l'indemnité est exigible dès qu'il y a partage, quand même le partage ne serait pas encore exécuté, par la délivrance des biens. L'héritier donataire, dit la cour de cassation, ne peut pas cumuler la chose et le prix. Non; mais s'il continue à jouir de la chose, il devra compte de sa jouissance; cela n'empêche pas l'indemnité d'être exigible, car l'héritier dans le lot duquel est mis l'immeuble rapporté, jouira de la plus-value à partir de l'acte de partage.

18. La loi ne parle pas des dépenses voluptuaires, c'est-à-dire de pur agrément. Elle refuse implicitement au donataire toute réclamation de ce chef, en posant le principe qu'il lui est tenu compte de la plus-value résultant de ses travaux : là où il n'y a pas d'augmentation de valeur, il ne peut être question d'indemnité, puisque la succession n'est tenue qu'à raison du profit qu'elle retire. Mais le donataire qui rapporte le bien donné en nature étant assimilé à un usufruitier, il faut lui appliquer l'article 599, aux termes duquel l'usufruitier peut enlever les ornements qu'il a placés sur le fonds, à charge de rétablir les lieux dans leur premier état (3).

19. L'article 867 donne le droit de rétention à l'héritier qui rapporte l'immeuble en nature : « Il peut en retenir la possession jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations. » C'est une garantie que la loi accorde à l'héritier donataire; elle est fondée sur une considération d'équité

(1) Duranton, t. VII, p. 564, n° 386. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 477, note 15 du § 634.
(2) Rejet, 14 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1273).
(3) Chabot, t. II, p. 525, n° 2 de l'article 861.

et de droit. L'héritier débiteur du rapport et ses cohéritiers auxquels le rapport est dû ont des obligations réciproques dérivant d'une seule et même cause : l'un doit rapporter l'immeuble donné, les autres doivent rembourser les impenses faites sur cet immeuble par le donataire; tant qu'ils ne le font pas, ils ne peuvent pas forcer l'héritier à leur abandonner l'immeuble. Ainsi la rétention est une espèce de nantissement. La loi l'appelle une possession. Est-ce à dire, comme Chabot le croit, que l'héritier possesseur gagne les fruits? Dans le langage du code, on qualifie de possession la simple détention, même à titre précaire (art. 2228). La détention, par elle-même, ne donne pas le droit aux fruits; d'après l'article 547, les fruits appartiennent au propriétaire; et dans l'espèce, l'immeuble appartient à la succession à partir de l'ouverture de l'hérédité, et au copartageant dans le lot duquel il est mis, à partir du partage. Dira-t-on qu'il est possesseur de bonne foi? Il suffit de lire l'article 550 pour se convaincre que l'héritier donataire n'est pas un possesseur de bonne foi, dans le sens légal du mot (1). On enseigne aussi qu'il y a compensation entre les fruits perçus et les intérêts de l'indemnité (2). D'abord nous ne voyons pas en vertu de quel principe les cohéritiers devraient les intérêts de l'indemnité, à moins qu'il n'y ait convention ou condamnation judiciaire. Et en supposant qu'ils doivent les intérêts, sur quoi serait basée la compensation? De droit commun, les fruits ne se compensent pas avec les intérêts; cette compensation serait le plus souvent très-injuste, puisque les intérêts sont plus élevés que la valeur des fruits : il faudrait un texte pour qu'on pût compenser deux obligations de valeur inégale.

20. L'immeuble sujet à rapport peut avoir diminué de valeur. Aux termes de l'article 863, « le donataire doit tenir compte des dégradations et détériorations qui ont dimi-

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 278, n° 208. Comparez Chabot, t. II, p. 543, n° 1 de l'article 867. L'opinion contraire est généralement suivie (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 478 et note 18 du § 634); Demante, t. II, p. 309, n° 200 *bis* II.

(2) Demolombe, t. XVI, p. 622, n° 504, d'après Demante.

nué la valeur de la chose, par son fait ou par sa faute et négligence. » Si la moins-value vient d'un fait accidentel, le donataire n'en est pas responsable; le cas fortuit frappe le propriétaire; or, par suite de la résolution du droit de l'héritier, l'immeuble est censé avoir toujours appartenu au défunt. Cela est aussi conforme à l'équité : l'immeuble, s'il était resté dans les mains du défunt, y aurait éprouvé la même moins-value; on peut donc dire que le rapport fait rentrer dans l'hérédité la valeur qui en est sortie par la donation.

Il en est autrement quand la moins-value provient du fait, de la faute ou de la négligence du donataire. Celui-ci est, à la vérité, propriétaire, et le propriétaire peut, s'il le veut, négliger sa chose; mais cela n'est vrai que de celui dont le droit est irrévocable. Or, le donataire sait qu'il doit rapporter la chose en nature, et que par suite il sera considéré comme n'ayant jamais été propriétaire. De fait, il aura été usufruitier; obligé de rendre l'immeuble donné, il doit veiller à sa conservation. Il résulte de là qu'il doit faire les grosses réparations, bien qu'elles ne soient pas à sa charge, en ce sens que s'il les fait, il aura droit, de ce chef, à une indemnité. Mais il est tenu de les faire pour empêcher l'immeuble de périr ou de se dégrader. Voilà pourquoi la loi le déclare responsable, non-seulement de son fait et de sa faute, mais aussi de sa négligence. Il y a, sous ce rapport, une différence entre le donataire et l'usufruitier; celui-ci ne serait pas responsable si l'immeuble se dégradait faute de grosses réparations, car la loi met ces réparations à charge du nu propriétaire; c'est dire que celui-ci doit veiller à la conservation de sa chose. Tandis que le donataire n'est pas en face d'un nu propriétaire : pendant la vie du donateur, le donataire a la pleine propriété, le droit de ses cohéritiers ne s'ouvre qu'à la mort du donateur; jusque-là donc, c'est au propriétaire, sujet à rapport, de veiller à la conservation de la chose donnée (1).

(1) Chabot, t. II, p. 529, n° 2 de l'article 863. Duranton, t. VII, p. 563, n° 387. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. IV, p. 477, note 16 du § 634.

21. L'héritier doit-il les intérêts des indemnités dont il est tenu en cas de dégradation? On le décide ainsi par application de l'article 856. Cela est douteux. L'article 856 suppose que l'héritier a perçu les fruits ou les intérêts des choses données depuis l'ouverture de l'hérédité : il doit les restituer parce que, en réalité, ils appartiennent à la succession. On ne peut pas en dire autant des indemnités qui sont dues par l'héritier donataire pour cause de moins-value. C'est une simple prestation, une dette née de la faute de l'héritier. En vertu de quel principe cette dette produirait-elle intérêt? On invoque l'équité; est-il nécessaire de répondre que l'équité ne fait pas courir les intérêts? On enseigne aussi que le donataire a droit aux intérêts de l'indemnité qui lui est due pour impenses. Le législateur aurait dû établir cette obligation réciproque; l'interprète n'a certes pas ce droit. On invoque en faveur de l'héritier l'article 2001, aux termes duquel l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant. Est-ce que le donataire est mandataire de ses futurs cohéritiers? S'il a droit à une indemnité, c'est que la succession ne doit pas s'enrichir à ses dépens; mais pour que cette indemnité produisît intérêt, il faudrait une convention ou une demande en justice; car il s'agit ici d'une véritable dette, ce qui rend l'article 1153 applicable (1).

22. Les indemnités dues par le donataire et par la succession doivent-elles être prestées de part et d'autre, lorsque l'immeuble vient à périr par cas fortuit? Il faut distinguer. Si l'immeuble périt avant l'ouverture de l'hérédité, l'obligation du rapport est éteinte; pour mieux dire, elle n'a jamais pris naissance, puisque le rapport n'est dû qu'à l'ouverture de la succession. De là suit qu'il ne peut plus être question d'indemnités dues par le donataire ou par ses cohéritiers. Celles que le donataire doit du chef de dégradations sont l'accessoire de l'obligation du rapport, et il ne saurait y avoir d'obligations accessoires là où il n'y a pas d'obligation principale. Quant aux presta-

(1) Voyez, en sens contraire, Chabot, t. II, p. 528, n° 3 de l'article 862; Duranton, t. VII, p. 567, n° 390. Zachariæ, t. IV, p. 478.

tions dues par la succession au donataire, pour impenses utiles ou nécessaires, elles supposent que la succession en profite; or, il est certain qu'elle ne profite pas des améliorations, puisque l'immeuble a péri; elle ne profite pas davantage des dépenses nécessaires, puisqu'elles n'ont pas conservé l'immeuble.

Si l'immeuble a péri après l'ouverture de l'hérédité, la perte est pour la succession; le rapport a eu lieu en ce sens que, dès l'instant du décès du donateur, la donation a été résolue, et l'immeuble donné est devenu la propriété de l'hérédité. Puisque le rapport a eu lieu, il en faut conclure que le donataire et la succession sont tenus des prestations accessoires. Cela ne fait aucun doute pour les dégradations commises par le donataire; car ayant remis dans la succession un immeuble dégradé, il est débiteur de la moins-value; le cas fortuit qui fait périr l'immeuble ne peut pas le libérer de sa dette, pas plus que le vendeur qui livre la chose détériorée par sa faute n'est libéré si la chose périt entre les mains de l'acheteur. Il est certain aussi qu'il peut réclamer les dépenses nécessaires; bien que l'immeuble soit péri, ces dépenses profitent à la succession en ce sens que le défunt les aurait faites, et elles lui ont réellement conservé l'immeuble, puisqu'il est devenu sa propriété. Il n'y a doute que pour les dépenses utiles. L'équité demande qu'on en tienne compte au donataire, mais le texte de la loi ne le permet pas; aux termes de l'article 861, on rembourse au donataire les dépenses qui ont amélioré la chose, eu égard à ce dont sa valeur se trouve augmentée au temps du partage; or, à ce moment, il n'y a plus d'immeubles, plus d'augmentation de valeur; la succession ne profitant pas de la plus-value, ne doit de ce chef aucune indemnité (1).

III. *Effet du rapport.*

23. « Lorsque le rapport se fait en nature, les biens se réunissent à la masse, francs et quittes de toutes charges

(1) Demante, t. III, p. 300 et suiv., n[os] 197 *bis* VI et VII, suivi par Demolombe, t. XVI, p. 617, n[os] 500 et 501.

créées par le donataire » (art. 865). Le rapport résout la donation ; il faut donc appliquer le principe d'après lequel les droits concédés à des tiers par celui qui n'a qu'une propriété résoluble sont résolus quand la propriété du concédant est résolue. L'article 865 parle de *toutes* charges ; cette disposition s'applique à tous les droits réels consentis par le donataire, aux servitudes aussi bien qu'aux hypothèques. Delvincourt a enseigné le contraire : tous les auteurs prennent la peine de le combattre, nous ne voyons pas pourquoi, puisque le texte décide la question (1). Il est vrai que la loi n'applique pas le principe avec rigueur . elle maintient l'aliénation consentie par le donataire (article 860), tandis qu'elle résout les droits réels. Il est assez difficile de donner une raison de cette différence. On invoque l'intérêt général qui exige la stabilité des acquisitions; mais le droit des créanciers hypothécaires tient aussi à l'intérêt général, le crédit mérite autant de faveur que la libre circulation des immeubles. Peut-être le législateur a-t-il voulu éviter les difficultés auxquelles les charges auraient donné lieu, si on les avait maintenues ; le donataire aurait dû indemniser la succession de ces charges, puisque la concession d'un droit réel diminue la valeur de l'immeuble ; mais quel aurait été le montant de cette indemnité? L'estimation eût été difficile, et aurait donné lieu à des contestations que le législateur a prévenues en déclarant les droits résolus (2).

24. Si l'immeuble rapporté est mis au lot de l'héritier qui a consenti les droits réels, ces droits seront-ils maintenus? Il y a un motif de douter. La loi prononce la résolution ; des droits résolus peuvent-ils revivre sans une disposition formelle? Nous croyons avec presque tous les auteurs que cette disposition existe dans l'article 883 (3).

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1289. Il faut ajouter Ducaurroy, Demante et Demolombe.

(2) C'est l'explication de Valette (Mourlon, t. II, p. 170).

(3) C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Toullier. Zachariæ t. IV, p. 478 et 479, notes 20 et 21. Chabot, t. II, p. 535, n° 2 de l'article 865 et p. 538, n° 5. Demolombe, t. XVI, p. 625 et suiv., n°s 508-510. Demante t. III, p. 302, n° 198 *bis* II et III. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II p. 505, n° 731.

Le partage étant déclaratif de propriété, l'héritier est censé propriétaire depuis l'ouverture de l'hérédité, c'est-à-dire depuis le moment où son droit de propriété devait se résoudre ; donc la rétroactivité du partage annule l'effet de la résolution, pour mieux dire l'empêche d'exister. Cela est aussi fondé en raison et en équité. Pourquoi les droits réels sont-ils résolus? Dans l'intérêt des cohéritiers du donataire ; or, quand le donataire conserve la propriété de l'immeuble, l'intérêt de ses cohéritiers est hors de cause.

C'est l'opinion commune; elle est confirmée par le texte même de l'article 865 : « Les créanciers ayant hypothèque peuvent intervenir au partage pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits. » Le rapport se ferait en fraude de leurs droits si l'immeuble était mis au lot d'un héritier qui n'a point concédé les droits réels, afin qu'ils fussent résolus. Ce qui implique que la résolution n'a point lieu lorsque le donataire conserve la propriété de l'immeuble. Est-ce à dire que les tiers qui interviennent au partage peuvent demander que l'immeuble soit mis au lot du donataire? La loi ne dit pas cela ; et il y a des cas où cela ne pourrait pas même se faire : quand le partage se fait en justice, les lots sont tirés au sort, ce qui exclut toute attribution de l'immeuble donné à l'héritier donataire. La seule chose à laquelle les tiers ont le droit de s'opposer, c'est à un rapport fait en fraude de leurs droits : tel serait le cas où le rapport se ferait en nature, alors qu'il pourrait se faire en moins prenant. Ils peuvent aussi veiller, comme nous venons de le dire, à ce que le partage ne soit pas frauduleux. Là s'arrête leur droit.

N° 4. DU RAPPORT DES IMMEUBLES EN MOINS PRENANT.

I. *Quand le rapport* peut *se faire en moins prenant.*

25. Quand il y a dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers, ceux-ci ne peuvent exiger le rapport en nature de l'immeuble donné (art. 859) : c'est dire que le donataire a le droit de

le faire en moins prenant. Les cohéritiers ne peuvent pas demander que le rapport se fasse en nature, parce qu'ils n'y ont aucun intérêt, tandis que le donataire peut avoir intérêt à conserver l'immeuble, soit qu'il l'affectionne, soit qu'il l'ait grevé de droits réels, qui, en cas de résolution, donneraient lieu contre lui à des actions en garantie. La loi cherche à concilier les intérêts divers de ceux qui ont droit au rapport et de celui qui doit le faire. Il faut d'abord qu'il se trouve dans la succession des immeubles de même nature, qualité et bonté : l'égalité serait blessée, dit Pothier, si le donataire conservait ce qu'il y a de meilleur, pendant que ses cohéritiers auraient de mauvais biens. Il faut de plus que ces biens puissent former des lots à peu près égaux à celui que le donataire veut retenir. L'égalité est la base des relations entre cohéritiers ; c'est pour que les lots soient égaux que le rapport doit se faire en nature ; si donc l'égalité n'est possible que par le rapport en nature, le donataire ne pourra pas retenir l'immeuble. Toutefois la loi ne veut pas que l'égalité devienne un prétexte pour vexer le donataire ; elle se contente d'une égalité relative, il suffit que les lots soient à peu près égaux, on rétablit l'égalité par des soultes, ou en mettant des meubles dans le lot le plus faible (1).

Quelle époque faut-il considérer pour l'estimation de l'immeuble? Quand l'immeuble a été aliéné, l'article 860 veut que le donataire rapporte la valeur qu'il avait à l'ouverture de la succession. On s'accorde à décider que l'article 860 n'est pas applicable à notre hypothèse. Cela résulte du texte même de l'article 859 : pour savoir si l'immeuble peut être rapporté en moins prenant, il faut le comparer, en valeur et bonté, aux autres immeubles qui se trouvent dans la succession, et il faut voir s'il y a moyen de faire des lots à peu près égaux avec ces immeubles. C'est donc une opération de partage ; et par conséquent c'est au moment où l'on va composer les lots qu'il faudra estimer l'immeuble sujet à rapport, ainsi que les autres

(1) Chabot, t. II, p. 513, nº 3 de l'article 859. Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. II, § VIII.

immeubles, et c'est cette estimation que le donataire devra si le rapport peut se faire en moins prenant (1).

26. Le donateur peut dispenser le donataire du rapport en nature, pourvu que l'avantage qui en peut résulter pour le donataire ne dépasse point le disponible. Comment le rapport se fera-t-il dans cette hypothèse? Il faut consulter les termes de la donation et l'intention du donateur. S'il a dispensé le donataire du rapport en nature, en fixant la somme qu'il est autorisé à rapporter en moins prenant, c'est cette valeur que l'héritier rapportera; mais il pourra aussi faire le rapport en nature, puisque la donation ne lui impose pas une obligation, elle lui donne un droit; et chacun peut renoncer au droit qui est établi en sa faveur. Si le donateur n'a fixé aucune somme, le donataire devra le rapport à l'ouverture de la succession, et par conséquent il rapportera la valeur de l'immeuble à cette époque (2). La dispense du rapport en nature doit-elle se faire en termes formels? La loi ne l'exige pas, et d'après les principes, il faut décider que la dispense peut être tacite, puisqu'il s'agit d'une simple manifestation de volonté, et la volonté peut se manifester tacitement. Il a été jugé que le legs d'un immeuble fait à un successible, à charge de payer en argent à ses cohéritiers ce qui excéderait sa part héréditaire, implique la dispense du rapport en nature (3).

Si le donateur ordonnait le rapport en moins prenant, il va sans dire que le donataire ne pourrait plus faire le rapport en nature. La donation porterait alors sur la valeur, comme dans une donation mobilière. Il en résulte une conséquence très-importante quant aux risques. Quand l'immeuble doit être rapporté, le donataire est débiteur d'un corps certain, alors même qu'il a la faculté de faire le rapport en moins prenant; de là suit qu'il est libéré de son obligation, si la chose vient à périr par cas fortuit;

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 503, n° 727. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 175. Demolombe, t. XVI, p. 642, n° 525. En sens contraire, Zachariæ, t. IV, p. 480.
(2) Bruxelles, 27 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 321).
(3) Rejet, 9 février 1830 (Dalloz, au mot *Transaction*, n° 162). Demolombe, t. XVI, p. 645, n° 528.

tandis que s'il doit rapporter l'immeuble **en moins prenant**, il est débiteur d'une valeur, et la perte de la chose ne le libérerait pas de son obligation (1).

Dans l'un et l'autre cas, il y aurait lieu à réduction, s'il résultait du rapport en moins prenant un avantage dépassant le disponible. Mais pour qu'il y ait avantage, il faut que le donateur ait fixé la somme qui doit être rapportée. La simple dispense du rapport en nature n'implique pas une libéralité; en effet, le donataire doit rapporter, dans ce cas, la valeur de l'immeuble à l'ouverture de l'hérédité, et les intérêts à partir de ce moment; il ne retire donc aucun avantage pécuniaire du rapport en moins prenant (2).

II. *Quand le rapport* doit *se faire en moins prenant.*

27. Quand l'immeuble périt par la faute du donataire, celui-ci en doit rapporter la valeur (n° 12 et art. 855). Débiteur d'un corps certain, il répond de la perte si elle arrive par sa faute. Quand y a-t-il faute? On applique les principes généraux que nous exposerons au titre des *Obligations*. Quelle valeur doit-il rapporter? Ce n'est pas la valeur que l'immeuble a lors de la perte; le donataire doit remettre dans la masse la valeur qui est sortie du patrimoine du défunt, donc la valeur qu'aurait eue l'immeuble s'il était resté dans les mains du défunt. L'article 860 applique ce principe au cas où l'immeuble a été aliéné; il en doit être de même dans le cas où le donataire a disposé de l'immeuble en le faisant périr (3).

28. Si l'immeuble est aliéné avant l'ouverture de la succession, le rapport se fait en moins prenant (art. 860); nous en avons dit la raison (n° 22). Si le donataire aliénait l'immeuble après l'ouverture de l'hérédité, il dispose-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 480 et note 26. Demolombe, t. XVI, p. 644, n° 527.

(2) Bordeaux, 27 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 2, 187). Lyon, 26 juin 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1230).

(3) Chabot, t. II, p. 478, n° 6 de l'article 855; Zachariæ, t. IV, p. 480, § 634. Demolombe dit que le donataire rapporte la valeur de l'immeuble lors du partage (t. XVI, p. 643, n° 526).

rait d'un bien appartenant à la succession; on appliquerait donc les principes qui régissent les actes faits par les héritiers pendant l'indivision (1). L'immeuble serait compris dans la masse partageable, malgré l'aliénation. Dans ce cas, il n'est plus question de rapport.

L'article 860 ajoute qu'il est dû rapport de la valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture de la succession. Ce n'est donc pas le prix, ni la valeur de l'immeuble lors de la vente, que le donataire rapporte; il doit remettre dans la succession la valeur que l'immeuble aurait eue s'il était resté dans les mains du défunt; il faut donc faire abstraction de l'aliénation. Quelle époque doit-on considérer pour déterminer la valeur qui doit être rapportée? Celle où l'immeuble cesse d'être propriété du donataire pour devenir propriété de la succession, c'est-à-dire le moment où la succession s'ouvre. Il est vrai que l'immeuble n'est pas rapporté en nature, mais c'est par une considération étrangère au donataire, dans l'intérêt des tiers, lequel se confond avec l'intérêt général. Quant au donataire, il reste vrai de dire que son droit se résout lors de l'ouverture de l'hérédité, c'est à cette époque qu'il doit le rapport; ce qui décide la question de la valeur qu'il doit rapporter (2).

Le même principe s'applique au cas d'échange. Ce n'est pas l'immeuble reçu en échange que le donataire rapporte; on n'a pas le droit de l'exiger de lui, et il ne pourrait pas le faire. Il faudrait pour cela une disposition de la loi qui subroge l'immeuble reçu en échange à l'immeuble échangé; or, la loi n'établit pas plus cette subrogation que celle du prix à la chose. Elle veut en principe que l'immeuble soit rapporté en nature; quand ce rapport devient impossible, elle décide que le donataire doit le rapport de la valeur à l'époque de l'ouverture de la succession (3).

Il y a une difficulté concernant les fruits. L'héritier les doit à partir de l'ouverture de l'hérédité (art. 856). Quand il fait le rapport en nature, cela n'est pas douteux; les

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 247, n° 215.
(2) Demante, t, III, p. 296, n° 196 *bis* II. Demolombe, t. XVI, p. 633, n°s 516 et 517.
(3) Liége, 10 juin 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 193).

fruits appartiennent à la succession, qui est propriétaire du fonds. Mais lorsque le rapport se fait en moins prenant, les fruits ne sont plus la propriété de l'hérédité; ils appartiennent à celui qui est propriétaire de l'immeuble, à l'acquéreur, en cas d'aliénation. Que doit le donataire? La valeur, c'est-à-dire une somme d'argent; voilà la chose qu'il doit rapporter; donc, d'après l'article 856, il en doit les intérêts. On objecte que l'héritier est débiteur d'un immeuble, et par conséquent des fruits, comme accessoires du fonds (1). En cas d'aliénation, cela n'est pas exact. Qu'est-ce que les cohéritiers peuvent exiger? La valeur de la chose donnée; donc l'héritier est débiteur de cette valeur.

Si le donataire est insolvable, les héritiers auront-ils une action contre les tiers acquéreurs? La négative est certaine; car le donataire avait le droit d'aliéner, bien qu'étant propriétaire sous condition résolutoire (art. 859, 860), donc l'acheteur est devenu propriétaire irrévocable. Les héritiers n'ont plus qu'une action personnelle contre le donataire. Il en serait autrement si la donation excédait le disponible; l'action en réduction, à la différence de l'action en rapport, s'exerce contre les tiers (art. 930), comme nous le dirons au titre des *Donations* (2). L'acquéreur n'ayant pas d'éviction à craindre, il en résulte qu'il ne peut pas suspendre le payement du prix, sous prétexte que le vendeur n'était que donataire en avancement d'hoirie; l'article 1653 ne lui donne ce droit que lorsqu'il a juste sujet de craindre d'être troublé; or, dans l'espèce, l'article 860 le met à l'abri de tout trouble sérieux (3).

III. *Conséquences du rapport fait en moins prenant.*

29. L'article 861 porte : « *Dans tous les cas,* il doit être tenu compte au donataire des impenses qui ont amélioré la chose, eu égard à ce dont sa valeur se trouve augmentée au temps du partage. » Ces mots, *dans tous les*

(1) Caen, 23 décembre 1848 (Dalloz, 1850, 2, 177).
(2) Chabot, t. II, p. 518, n° 5 de l'article 860, et tous les auteurs.
(3) Rejet du 25 avril 1831 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 600).

cas se rapportent aux deux hypothèses dont il est question dans les articles qui précèdent, celle du rapport en nature et celle du rapport en moins prenant. De quelque manière que se fasse le rapport, c'est la valeur que l'immeuble aurait eue entre les mains du défunt qui doit rentrer dans la succession; donc s'il y a eu des impenses utiles ou nécessaires, on les doit décompter, peu importe qu'elles aient été faites par le donataire ou par un tiers acquéreur. De même, on doit tenir compte des dégradations commises soit par l'héritier, soit par le tiers possesseur, pour estimer la valeur que le donataire doit rapporter. Cela ne veut pas dire que l'acheteur soit responsable de ces dégradations, soit envers son vendeur, soit envers les cohéritiers du donataire; il est propriétaire, et, comme tel, il peut user et abuser sans répondre de ce qui est pour lui l'exercice d'un droit. De même il n'a aucun droit du chef des impenses qu'il aurait faites; il reste propriétaire, c'est donc pour son compte qu'il fait les travaux de conservation ou d'amélioration (1).

En cas d'aliénation de l'immeuble, il se présente une difficulté pour le calcul des impenses et des détériorations. Quelle époque faut-il considérer? Il y a deux articles qui semblent contradictoires. L'article 861, qui est le siége de la matière, veut que l'on ait égard à l'époque du *partage;* et l'article 860 dit que le rapport est dû de la *valeur* de l'immeuble à l'époque de l'*ouverture* de la succession; or, comment estimer la valeur d'un immeuble, sans tenir compte des impenses et des dégradations? Nous croyons qu'il faut s'en tenir à l'article 861; il décide la question en termes formels. Et l'article 860 ne dit réellement pas ce qu'on lui fait dire. Quel est son objet? C'est de déterminer ce que le donataire doit rapporter en cas d'aliénation : est-ce le prix reçu par le vendeur? est-ce la valeur que l'immeuble avait lors de la vente? ou est-ce la valeur de l'immeuble, soit lors de l'ouverture de l'hérédité, soit lors du partage? Voilà la question que décide l'article 860; la

(1) Chabot, t. II, p. 581, n° 2 de l'article 864. Demante, t. III, p. 300, n° 197 *bis* V.

loi n'y parle ni de la plus-value ni de la moins-value, elle en fait abstraction; en supposant qu'il y ait eu des impenses ou des dégradations, on en tiendra compte à l'époque du partage. Tel est le sens naturel de l'article 860, et ainsi entendu, il se concilie très-bien avec l'article 861 (1).

30. Si l'immeuble vendu périt, le donataire est-il libéré de l'obligation du rapport? La plupart des auteurs décident la question en faveur du donataire. Il nous reste des doutes que nous allons exposer. On cite l'article 855 qui décide, dit-on, en termes absolus que l'immeuble qui a péri sans la faute du donataire n'est pas sujet à rapport. Telle était aussi l'opinion de Pothier (2). La tradition et le texte donnent certes une grande autorité à l'opinion commune. Voici notre raison de douter. L'article 855 ne décide pas la question; il suppose que l'immeuble est resté dans les mains du donataire, puisqu'il prévoit le cas où le donataire serait en faute. Pothier dit que l'immeuble doit périr pour la succession, parce qu'il aurait aussi péri dans les mains du défunt. Cela est par trop conjectural, et ce n'est pas un motif de droit. La difficulté est celle-ci : le donataire est-il encore débiteur d'un corps certain au moment où l'immeuble périt? Nous croyons qu'il n'est plus débiteur que de la valeur de l'immeuble, et cela est décisif. Dès que l'immeuble est vendu, le rapport doit se faire en moins prenant; le donataire est devenu propriétaire irrévocable par le fait de l'aliénation, en ce sens qu'il a transféré à l'acheteur la propriété irrévocable de la chose donnée. Dès ce moment, son obligation change de nature; elle ne consiste plus à rapporter l'immeuble même; cela est impossible puisque l'immeuble appartient à l'acheteur et que la vente ne peut pas être résolue. Etant débiteur d'une valeur, il ne peut plus invoquer le principe sur lequel est fondé l'article 855, que le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte fortuite de la chose. Débiteur de la valeur, il reste tenu de son obligation, lorsque la chose

(1) En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 638, n° 520.

(2) Pothier, *Introduction au titre XVII de la coutume d'Orléans*, n° 92 Duranton, t. VII, p. 568, n° 392; Demante, t. III, p. 286, n° 190 *bis* II; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 482, note 34 de l'article 634.

dont il doit la valeur vient à périr. Notre opinion est aussi fondée en équité. Le donataire ayant vendu l'immeuble, c'est sans doute parce qu'il avait intérêt à le vendre; il a fait un bon marché, il en a profité : peut-il dire, quand la chose périt, qu'il ne s'enrichit pas aux dépens de la succession? Si l'immeuble a été vendu pour 50,000 francs, il aura, en réalité, cette somme de plus que ses cohéritiers; l'égalité est blessée. Vainement Pothier dit-il que c'est une bonne fortune pour l'héritier donataire; cette prétendue bonne fortune est une spéculation qu'il fait sur l'immeuble donné, il s'enrichit donc de cette chose; l'équité veut qu'il la rapporte (1).

IV. *Du rapport en cas d'expropriation du donataire.*

31. Les règles que nous venons d'exposer sur l'obligation du rapport, en cas d'aliénation, reçoivent exception lorsque la vente n'est pas volontaire. C'est la doctrine de Pothier (2). « Si, dit-il, le donataire a été obligé de vendre, pour la construction d'une place publique, la maison qui lui a été donnée, son obligation de rapporter la chose en essence et espèce se convertit en celle de rapporter la somme qu'il a reçue à la place. » Il en serait de même si la chose indivise donnée à l'héritier avait été licitée et adjugée en entier au copropriétaire; la licitation est aussi une vente forcée, puisque le partage de la chose indivise peut toujours être demandé, et par suite la licitation, si la chose est impartageable. Pothier ajoute : et en autres cas semblables. Tel serait le cas où la chose donnée à l'héritier avait été vendue avec clause de rachat; si le vendeur use de son droit en restituant le prix, le donataire doit rapporter le prix. L'obligation du rapport change de nature, le donataire n'est plus débiteur d'un corps certain et déterminé, il est débiteur d'une quantité; on applique par conséquent les principes qui régissent le rapport du mobilier. C'est le prix que le donataire a reçu qu'il doit

(1) Vazeille, t. I, p. 411, n° 5 de l'article 855; Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 479, note 2.
(2) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. II, § VII, n° 5.

rapporter, peu importe la valeur de l'immeuble lors de l'ouverture de l'hérédité. Quel est le fondement de cette exception? peut-on admettre une exception sans texte? Remarquons d'abord que le texte du code sur l'obligation du donataire, en cas d'aliénation, n'est plus applicable; l'article 860 dit que le donataire doit la valeur de l'immeuble lors de l'ouverture de l'hérédité quand il aliène l'immeuble, ce qui suppose une vente volontaire. Si la vente est forcée, nous sommes sans texte; il faut par conséquent remonter au principe qui domine cette matière : le donataire doit rapporter la chose donnée telle qu'elle se serait trouvée dans le patrimoine du défunt, s'il n'y avait pas eu de donation. Or, la vente étant forcée, le défunt eût été exproprié aussi bien que le donataire; donc c'est l'indemnité qui se serait trouvée dans son patrimoine; c'est donc cette indemnité qui doit être rapportée. Il en est de même en cas de licitation et de rachat (1).

32. Dans les divers cas où l'aliénation est forcée, le donataire est débiteur du prix. Est-ce à dire que le rapport soit, à tous égards, le rapport d'une somme d'argent? Non, jusqu'au moment de l'aliénation, le donataire était débiteur de l'immeuble; si donc, lors de la vente forcée, la chose avait augmenté de valeur par des impenses, ou si elle avait éprouvé une moins-value par des dégradations, il en serait tenu compte lors du rapport, soit au donataire, soit à la succession. Cela ne fait pas de doute. Que faut-il décider si la chose venait à périr par cas fortuit après l'aliénation? Tous les auteurs enseignent que la perte de la chose ne libérerait pas le donataire de l'obligation du rapport (2). Dans l'opinion que nous avons enseignée (n° 30), cela est évident. Dans l'opinion contraire, on pourrait invoquer les termes absolus de l'article 855; toutefois, la circonstance que l'aliénation est forcée doit faire écarter cette disposition. Il s'opère une novation véritable à partir de la vente; le donataire n'étant plus débiteur de la chose, qu'importe qu'elle périsse?

(1) Chabot, t. II, p. 517, n° 4 de l'article 860.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 483, et note 36 du § 634. Demolombe, t. XVI, p. 641, n° 523.

N° 5. DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

33. L'héritier, créancier de la succession, peut-il compenser sa créance avec sa dette du rapport? Quand l'héritier est donataire et créancier, il réunit en sa personne deux qualités très-distinctes, qui donnent des droits différents et imposent des obligations diverses. Comme donataire, l'héritier doit remettre dans la masse les choses qu'il a reçues du défunt et qui sont censées n'être pas sorties du patrimoine du donateur. Mais cela n'est vrai qu'à l'égard des cohéritiers; car le rapport n'est pas dû aux créanciers (art. 857); à leur égard, les biens donnés entre vifs sont sortis définitivement du patrimoine du défunt, ils ne sont plus le gage de ses créanciers, et ils ne redeviennent pas leur gage lorsque le rapport se fait au profit des cohéritiers du donataire. Ce qui est vrai de tous les créanciers s'applique aussi à l'héritier qui est créancier : en cette qualité, il ne peut ni réclamer le rapport, ni en profiter. Il est donc tenu de rapporter à la succession ce qu'il a reçu entre vifs, et il a le droit de prendre sur les choses rapportées sa part héréditaire. Comme créancier, il a seulement le droit de poursuivre le payement de ce qui lui est dû sur les biens de la succession, ou contre les héritiers, s'ils ont accepté la succession purement et simplement. Dans ce dernier cas, il profite indirectement du rapport, puisque le patrimoine des héritiers, devenus ses débiteurs, s'est enrichi des choses rapportées. Mais ce droit indirect sur les choses rapportées qui se trouvent dans le patrimoine des héritiers ne lui donne aucun droit direct au rapport. Si on l'admettait à compenser d'abord sa créance avec le don qu'il doit rapporter, il en résulterait qu'un créancier serait payé sur la chose rapportée, ce qui serait une violation de l'article 857 (1).

34. Aux termes de l'article 856, les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport sont dus à compter du

(1) Paris, 16 mars 1850 (Dalloz, 1850, 2, 167). Rejet du 8 mai 1867 (Dalloz, 1867, 1, 310)

jour de l'ouverture de la succession. Comment doit se faire cette liquidation des fruits et intérêts? Si l'on s'en tient au texte de la loi, la question peut à peine être posée. Les donations sont résolues à partir de l'ouverture de l'hérédité, les choses données appartiennent dès ce jour à la masse, et par conséquent les fruits et les intérêts à titre d'accessoires; donc si l'héritier perçoit les fruits et les intérêts, il en est débiteur envers la masse, et il n'y a qu'une manière de payer sa dette, c'est de prester la chose due, soit directement, soit par voie de compensation; il va sans dire que, dans ce dernier cas, il faut que les conditions requises pour la compensation existent. La jurisprudence donne une interprétation beaucoup plus large à la loi. Un arrêt de la cour de cassation pose en principe que l'article 856 n'impose au juge, ni implicitement, ni explicitement, aucune règle absolue sur le mode à suivre pour la liquidation des fruits et intérêts; la cour en conclut que le juge a la faculté de régler cette liquidation ainsi que les circonstances l'exigent, en se conformant au principe, fondamental en cette matière, de l'égalité entre les copartageants. Nous allons voir les applications que la jurisprudence fait de ce principe; les applications nous serviront à apprécier le principe.

Une veuve reste, du consentement de ses enfants, en possession de la communauté et des propres de son conjoint prédécédé. Quelques-uns des enfants avaient été dotés; les autres ne reçurent pas de dot, mais la veuve employa à leur entretien les revenus des biens restés indivis. Lors du décès de la mère, les enfants non dotés demandèrent le rapport des fruits et intérêts des dots à partir du décès du père, à la succession duquel les dots devaient être rapportées. Cette demande, accueillie en première instance, fut rejetée en appel, par le motif que ce serait violer le principe de l'égalité que d'obliger les enfants dotés à rapporter les fruits et intérêts de leurs dots, alors que les enfants non dotés resteraient en possession des revenus que la mère administratrice des biens communs leur avait distribués chaque année. La cour décida qu'il fallait compenser ces revenus avec les fruits et intérêts.

Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1), fondé sur le principe qui permet au juge de liquider les fruits et intérêts comme il l'entend. On voit ici le danger de l'équité que l'on substitue au droit. Dans l'espèce, les revenus répartis entre les enfants non dotés étaient de beaucoup inférieurs aux intérêts perçus par les enfants dotés ; donc la prétendue égalité aboutissait à l'inégalité. L'application du droit strict eût été bien plus juste ; chacun des enfants aurait rapporté les intérêts et les revenus dont il avait profité à titre de dot ; c'est ce que veut l'article 856 ; en l'écartant sous le prétexte d'équité, on aboutissait à avantager les enfants dotés aux dépens des enfants non dotés.

Il a encore été jugé, par application du même principe, que la compensation des valeurs dont les héritiers se doivent le rapport peut être faite en capital, au jour de l'ouverture de la succession, au lieu de se faire au jour de la clôture de la liquidation, pour les mêmes valeurs augmentées des intérêts courus depuis l'ouverture de l'hérédité. Dans l'espèce, la liquidation s'était faite quinze ans après l'ouverture de l'hérédité ; si l'on avait appliqué l'article 856, il en serait résulté une inégalité considérable entre les divers héritiers, les uns rapportant les fruits des immeubles calculés à 3 p. c., et les autres l'intérêt des sommes d'argent calculé à 5 p. c. (2). Sans doute il y aurait eu inégalité, mais elle résultait de la nature des choses données et de la règle tracée par l'article 856. Qui permettait au juge de suivre une autre règle et de ne tenir aucun compte de la loi ? Nous cherchons vainement une raison juridique du principe mis en avant par la cour de cassation.

35. La jurisprudence admet que le rapport des dettes est soumis à la règle de l'article 856. Cette règle n'est-elle pas modifiée par le principe de l'article 883 ? L'un des héritiers est tout ensemble créancier et débiteur de la succession. Si les deux dettes sont compensables au moment de l'ouverture de l'hérédité, elles s'éteignent réciproquement,

(1) Douai, 30 août 1865, et Rejet, 17 avril 1867 (Dalloz, 1867, 1, 442).
(2) Lyon, 5 juillet 1849 et Rejet, 9 janvier 1852 (Dalloz, 1852, 1, 44).

et par suite les intérêts ne courent plus; c'est l'application d'un principe élémentaire : il ne peut pas y avoir d'intérêts sans dettes. Mais que faut-il décider si les créances et les dettes respectives ne sont pas encore liquidées? D'après le droit commun, la compensation ne pourrait pas se faire. Il a cependant été jugé que la compensation s'opérait dès l'ouverture de la succession, en vertu de l'article 883. Le raisonnement de la cour de cassation est très-spécieux, mais nous doutons qu'il soit juste. Quand les héritiers sont débiteurs et créanciers, les prestations et, s'il y a lieu, les compensations font l'objet des comptes qu'ils se doivent, aux termes de l'article 828; ces comptes constituent donc l'une des opérations préliminaires et indispensables de tout partage. Or, l'article 883 dit que le partage rétroagit au jour de l'ouverture de la succession; l'effet déclaratif s'étend à toutes les opérations du partage, donc aussi aux comptes; il suit de là que les comptes à régler entre les copartageants doivent, comme le partage lui-même, remonter à la date de l'ouverture de la succession, et que c'est à cette date que l'on doit se reporter pour déterminer toute compensation ou balance entre les créances et les dettes (1). Nous croyons que la cour de Paris avait mieux jugé en décidant que la compensation ne pouvait se faire. L'article 883 n'a pas la portée que lui donne la cour de cassation; il attribue au partage un effet déclaratif quant aux effets compris dans le lot des copartageants : il n'y est pas question des opérations préliminaires du partage. En étendant à ces opérations ce que la loi dit du partage, la cour étend une fiction à des cas qui n'y sont point compris, ni par le texte ni par l'esprit de la loi. Comment une créance qui n'est pas compensable lors de l'ouverture de l'hérédité peut-elle devenir compensable à cette même époque par l'effet d'une fiction? Il faudrait pour cela que la fiction fût très-formelle; or, celle que l'article 883 établit ne concerne que les biens qui font l'objet du partage; il faut la restreindre dans ces limites.

36. Quand un héritier est débiteur de la succession,

(1) Paris, 6 juillet 1864 et cassation, 28 février 1866 (Dalloz, 1866, 1, 125).

on admet qu'il doit imputer sa part héréditaire sur le montant de sa dette. Cette imputation peut-elle se faire lorsque les deux dettes ne sont pas compensables? Là jurisprudence applique au rapport des dettes ce que le code dit du rapport des donations; de même que l'héritier doit rapporter les libéralités qu'il a reçues dès le moment où la succession est ouverte, il doit aussi rapporter ses dettes à cette époque, sans distinguer si elles sont exigibles ou non (1). Nous n'admettons ni le principe ni la conséquence que l'on en déduit. Le rapport ne déroge pas à la loi du contrat qui donne à l'héritier le bénéfice du terme; il ne déroge pas davantage aux principes qui régissent la compensation. Cependant la cour de cassation a maintenu sa doctrine, même dans le cas où l'un des héritiers serait tombé en faillite après l'ouverture de la succession : si l'héritier failli doit un rapport qu'il n'effectue pas en nature, le cohéritier à qui ce rapport est dû a le droit de prélever une portion égale sur la masse de la succession. Nous comprenons cette décision quand il s'agit du rapport d'une libéralité; mais quand c'est une dette qui doit être rapportée, il en résulte que les cohéritiers auront un vrai privilége; ils reçoivent leur payement intégral, tandis que les autres créanciers du failli ne touchent qu'une partie de leur créance (2). Pour un privilége il faut une loi, et où est cette loi?

§ X. *Du rapport dans les successions irrégulières.*

N° 1. L'ENFANT NATUREL PEUT-IL DEMANDER LE RAPPORT?

37. Bien que cette question soit controversée, comme toutes celles qui concernent les enfants naturels, nous n'y voyons aucun doute sérieux. Les textes ne manquent pas, et l'esprit de la loi est décidément en faveur des enfants naturels. Dans un premier arrêt, la cour de cassation a invoqué le principe de la réciprocité, principe qui domine

(1) Bordeaux, 17 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 2, 205).
(2) Rejet du 28 janvier 1869 (Dalloz, 1871, 1, 48).

dans toute la matière des successions, parce que c'est celui de l'égalité qui doit régner entre cosuccessibles (1). L'article 760, quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne, soumet l'enfant naturel au rapport envers les héritiers légitimes avec lesquels il concourt; dès lors, il doit aussi avoir le droit de demander le rapport des libéralités qui leur ont été faites, sinon l'égalité serait blessée, sans qu'il y eût une ombre de raison pour justifier ou expliquer l'inégalité. On dira que la loi, loin de vouloir l'égalité entre l'enfant naturel et les parents légitimes, le traite avec une défaveur que l'on peut qualifier d'excessive. Il est vrai que la différence est grande entre la quotité du droit de l'enfant naturel et le droit des héritiers avec lesquels il concourt, mais là n'est pas la question : pour déterminer cette quotité, quelque modique qu'elle soit, ne doit-on pas suivre les mêmes règles que celles que le code établit entre cohéritiers? Telle est la vraie difficulté, et l'article 757 y répond.

La cour de cassation part du principe que la quotité des droits que la loi donne à l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère est constamment déterminée d'après la part qu'il aurait recueillie s'il eût été légitime. Il suit de là que pour fixer la quotité de son droit, il faut le supposer légitime, calculer fictivement le droit qu'il aurait eu en cette qualité, puis lui en attribuer la quote-part fixée par l'article 757. Or, s'il eût été légitime, il aurait commencé par demander le rapport à ses cosuccessibles; donc comme enfant naturel il doit avoir le même droit, sinon l'égalité proportionnelle que l'article 757 consacre serait violée (2). L'argument est décisif. Cependant il a été attaqué par un de nos bons auteurs. Demante reconnaît que la part de l'enfant naturel doit être réglée, comme le dit la cour de cassation, lorsqu'il concourt avec des descendants ; dans cette hypothèse, le texte est formel, et la conséquence est tout aussi certaine : l'enfant naturel pourra demander le rapport à ses frères et sœurs légitimes. Mais la loi ne dit pas qu'en cas de concours avec des ascen-

(1) Rejet, 28 juin 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 296).
(2) Cassation, 16 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 265).

dants ou des collatéraux, l'enfant naturel a la moitié ou les trois quarts de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime; la loi fixe elle-même sa part, donc plus d'égalité proportionnelle. La conclusion est que l'enfant naturel n'a pas droit au rapport quand il concourt avec des ascendants ou des collatéraux (1). L'absurdité de cette conséquence n'aurait-elle pas dû frapper un esprit aussi juridique que Demante? Quoi! l'enfant naturel peut forcer les descendants au rapport, et il n'a pas ce droit à l'égard des ascendants et des collatéraux! Et cependant la loi lui donne des droits plus considérables dans les deux dernières hypothèses. Ainsi, à mesure que la quotité de son droit augmente, elle serait réglée d'une manière plus désavantageuse! Il est vrai que la loi ne répète pas, en cas de concours avec les ascendants et les collatéraux, que l'enfant naturel prend la moitié ou les trois quarts *de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime*; c'est qu'il était inutile de le répéter, parce que dans ces deux hypothèses la loi pouvait faire elle-même le calcul, et elle l'a fait. Dans la première hypothèse, le droit de l'enfant varie selon le nombre de descendants avec lesquels il concourt; dans les deux autres, cette part est invariablement de la moitié ou des trois quarts; la loi pouvait donc faire le calcul dans les deux dernières hypothèses, elle ne pouvait pas le faire dans la première. Voilà la seule raison de la différence de rédaction, laquelle n'implique pas une différence de principes, parce qu'il n'y aurait aucune raison de cette différence. Si la loi veut l'égalité proportionnelle quand l'enfant naturel concourt avec des descendants légitimes, elle doit la vouloir à plus forte raison quand il concourt avec des ascendants ou des collatéraux. Il reste donc vrai de dire, avec la cour de cassation, que le droit de l'enfant naturel est de même nature que celui de l'enfant légitime, qu'il n'en diffère que pour la quotité, mais que pour la détermination de cette quotité, il n'y a aucune différence, ce qui nous conduit logiquement à l'obligation réciproque du rapport.

(1) Demante, t. III, p. 102, n° 76 *bis* I.

On fait une objection de texte qui a arrêté Toullier. L'article 857 dit que le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier; or, aux termes de l'article 756, les enfants naturels ne sont point héritiers (1). Il y a plus d'une réponse à faire à cette argumentation mécanique; la meilleure se trouve dans le texte même de l'article 857; la seconde partie de l'article explique dans quel sens la première dit que le rapport n'est dû que par le cohéritier à ses cohéritiers : c'est qu'il n'est pas dû aux créanciers ni aux légataires de la succession. Le but de l'article 857 n'est donc pas de décider que l'enfant naturel n'a point droit au rapport; il ne s'occupe pas des enfants naturels, par l'excellente raison que le code avait déjà réglé leurs droits et leurs obligations, quant au rapport, dans les articles 757 et 760; et certes on ne dira pas qu'après avoir donné à l'enfant naturel le droit au rapport dans l'article 757, le législateur le leur enlève dans l'article 857 (2).

38. Y a-t-il une différence entre le rapport que l'enfant naturel peut exiger et celui qui est dû aux héritiers légitimes? La question n'a pas de sens, si ce que nous venons de dire est exact. Pourquoi la cour de cassation décide-t-elle que l'enfant naturel a droit au rapport? Parce que le droit héréditaire de l'enfant légitime est le type du droit héréditaire de l'enfant naturel : l'un ayant le droit de demander le rapport, l'autre doit aussi l'avoir. Puisque c'est un seul et même droit qui appartient à l'enfant légitime et à l'enfant naturel, comment ce droit changerait-il de nature et d'effet selon qu'il est exercé par l'un ou par l'autre? Cependant, même sur ce point, il y a des dissentiments. Tel auteur prétend que l'enfant naturel peut réclamer le rapport des legs et qu'il ne peut pas demander le rapport des donations. Delvincourt est resté seul de cet avis, et vraiment nous ne voyons pas pourquoi nous devrions discuter la question, alors que tout le monde s'ac-

(1) Toullier, t. II, 2, p. 155, n° 258. En sens contraire, la plupart des auteurs. Voyez les citations dans Zachariæ, t. IV, p. 520, note 18 du § 638; Dalloz, au mot *Succession*, n° 295, et Demolombe, t. XIV, p. 161, n° 100.
(2) Valette, d'après Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 67.

corde à dire que cet excellent esprit s'est trompé (1). Demante refuse à l'enfant naturel le droit d'exiger le rapport en nature, ce qui est en opposition avec le principe de l'égalité qui domine cette matière : l'enfant naturel ayant le droit de prendre sa part en biens héréditaires, pourquoi n'aurait-il pas un droit sur les biens donnés, alors que le rapport résout les donations? Ce serait une différence qui n'aurait aucune raison d'être. Est-elle au moins fondée sur un texte? On cite l'article 760 qui semble ne soumettre l'enfant naturel qu'au rapport en moins prenant : il ne serait pas juste qu'il eût contre les autres un droit plus étendu (2). Demante raisonne toujours en législateur; il oublie que la mission de l'interprète est plus modeste : en supposant que l'article 760 établisse une exception, serait-il permis de l'étendre (3)? Non, certes; à notre avis, il n'y a pas même d'exception, l'imputation de l'article 760 n'étant autre chose que le rapport (n°s 40 et 41).

39. A défaut de parents légitimes, l'enfant naturel prend la totalité des biens (art. 758). S'il y a plusieurs enfants naturels, ont-ils le droit de demander le rapport l'un à l'autre? Il n'y a point de texte qui réponde à notre question; l'article 757 est hors de cause puisqu'il n'y a pas de concours d'héritiers légitimes, et l'article 857 ne parle que des héritiers. Il faut donc consulter l'esprit de la loi. A notre avis, il ne laisse aucun doute. L'égalité ne doit-elle pas régner entre enfants naturels aussi bien qu'entre enfants légitimes? Or, le rapport est le seul moyen de maintenir l'égalité. Il y a donc lieu d'appliquer l'article 857 par analogie. Cela n'est contesté par personne (4).

N° 2. OBLIGATION DE L'ENFANT NATUREL.

40. L'article 760 porte : « L'enfant naturel ou ses descendants sont tenus d'*imputer* sur ce qu'ils ont droit

(1) Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. IV, p. 521, note 20 du § 638) l'ont réfuté, après tant d'autres.
(2) Demante, t. III, p. 103, n° 76 *bis* II.
(3) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 521, note 19 du § 638.
(4) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 521, § 638.

de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport, d'après les règles établies à la section II du chapitre VI du présent titre. » Y a-t-il une différence entre l'imputation et le rapport? La question est controversée; nous commencerons par exposer la doctrine généralement suivie, puis nous dirons nos doutes.

Le mot *imputer*, dont la loi se sert, implique un rapport fait en moins prenant. Telle est la base de l'opinion générale. Il n'y aurait donc entre l'imputation et le rapport que cette différence que l'enfant naturel rapporterait toujours en moins prenant les libéralités qu'il a reçues, tandis que le rapport ordinaire a lieu en nature quand il s'agit d'immeubles. De là suit que l'imputation porte sur toutes les libéralités qui sont sujettes à rapport. Sur ce point, il n'y a aucun doute, puisque le texte de l'article 760 est formel. De ce que le rapport se fait en moins prenant, faut-il conclure que la somme à rapporter par l'enfant naturel ne doit pas même être réunie fictivement à la masse pour fixer le montant de sa part héréditaire? Chabot l'a soutenu. L'enfant naturel est en concours avec un enfant légitime; la succession est de 12,000 francs, l'enfant naturel en a reçu 1,200 par donation. Concourant avec un enfant légitime, il doit avoir le sixième de l'hérédité, c'est-à-dire 2,000 francs : il impute sur cette somme ce qu'il a reçu entre vifs, il n'aura donc à réclamer que 800 francs. Chabot avoue que cela est souverainement injuste; il faut dire que cela est en opposition avec l'article 757. Pour fixer la part de l'enfant naturel, on doit supposer qu'il était légitime; comme tel, il aurait rapporté les 1,200 francs à la masse, qui aurait par conséquent été de 13,200 fr.; l'enfant naturel a droit au sixième de cette somme, c'est-à-dire 2,200 fr., sur lesquels il impute ce qu'il a reçu; il peut donc réclamer encore 1,000 francs. Cela est admis par tout le monde; le texte est formel, il est donc inutile d'insister (1).

(1) Belost-Jolimont sur Chabot, t. I, p. 587, note 1. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 518, note 14 du § 638. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 356, n° 521.

Du principe que le rapport de l'enfant naturel se fait toujours en moins prenant, la cour de cassation a déduit une autre conséquence également inadmissible. L'enfant naturel, dit la cour, devient propriétaire incommutable de l'objet qui lui est donné; il gagne donc les fruits en sa qualité de propriétaire; aussi la loi ne l'oblige-t-elle pas à imputer les fruits, elle l'oblige uniquement à imputer ce qu'il a reçu, c'est-à-dire le capital (1). Cette doctrine n'a pas trouvé faveur; elle est contraire au texte formel de l'article 760; la loi ne se borne pas à dire que l'enfant doit imputer *ce qu'il a reçu,* elle ajoute : *et qui serait sujet à rapport,* d'après les règles établies au chapitre VI, section II; or, l'une de ces règles porte que les fruits et intérêts des choses sujettes à rapport sont dus à compter de l'ouverture de la succession. Cela est décisif. La loi ne distingue pas comment se fait le rapport; qu'il ait lieu en nature ou en moins prenant, peu importe, le donataire doit, dans tous les cas, les fruits et intérêts depuis l'ouverture de l'hérédité; donc l'enfant naturel aussi les doit (2).

41. On voit que ceux qui professent l'opinion générale ne s'accordent guère entre eux. Nous croyons, avec MM. Valette et Demolombe, que l'imputation n'est autre chose que le rapport, qu'elle se fait par conséquent de la même manière, soit en nature, soit en moins prenant, d'après le droit commun. Le texte de l'article 760 n'établit qu'une différence de mots : il appelle *imputation,* en ce qui concerne l'enfant naturel, ce qu'il appelle *rapport* quand il est question des héritiers légitimes. Résulte-t-il de la différence de dénomination une différence de principes? Nous cherchons vainement une raison de cette différence. Autoriser l'enfant naturel, donataire d'un immeuble, à conserver cet immeuble, c'est lui accorder une faveur, en ce sens que, pour établir l'égalité entre cohéritiers, la loi veut qu'ils rapportent les immeubles en nature : est-ce que par hasard l'esprit de notre législation serait de favoriser

(1) Rejet de la chambre civile du 11 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Succession,* n° 342).

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 438, note 13. Belost-Jolimont sur Chabot, t. I, p. 590, note 3.

l'enfant naturel? Autre contradiction. L'enfant naturel reçoit-il du mobilier, ses obligations sont absolument les mêmes que celles d'un héritier légitime; il fait le rapport en moins prenant : pourquoi la loi ferait-elle une différence entre eux quand il reçoit des immeubles? Cette différence est en opposition avec le principe fondamental que le code suit en cette matière. Il veut que les héritiers aient leur part en biens héréditaires; donc il faut que l'enfant naturel remette dans la masse partageable les biens qu'il a reçus. Le code veut que l'on fixe les droits de l'enfant naturel, en supposant qu'il soit enfant légitime; le même principe doit s'appliquer aux obligations; on ne peut pas scinder le principe, assimiler l'enfant naturel à l'enfant légitime quand il s'agit de ses droits, et établir une différence entre eux quand il s'agit de ses charges : droits et obligations sont inséparables. Le texte même de l'article 760 témoigne que tel est l'esprit de la loi. Il veut que l'enfant naturel rapporte tout ce qu'un parent légitime doit rapporter; il établit donc le principe de l'analogie, pour mieux dire, de l'identité du rapport; il faut l'appliquer à la manière dont se fait le rapport aussi bien qu'aux choses rapportables (1).

42. Est-ce à dire qu'il n'y ait aucune différence entre l'obligation de l'enfant naturel et celle des héritiers légitimes? Tout héritier peut être dispensé du rapport dans les limites du disponible. Le père pourrait-il aussi donner à son enfant naturel la quotité de biens dont la loi lui permet de disposer, et le dispenser du rapport? Non, car, aux termes de l'article 908, les enfants naturels ne peuvent, par donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*. A vrai dire, ceci n'est plus une question de rapport, c'est une question d'incapacité de recevoir, et partant de réduction, si le père voulait gratifier l'enfant au delà de la portion héréditaire que la loi lui accorde. C'est au titre des *Donations* que nous exposerons les motifs

(1) Valette, d'après Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 67-69. Demolombe, t. XIV, p. 157, n° 99.

de l'incapacité relative qui frappe l'enfant naturel (1).

Faut-il conclure de là que l'enfant naturel ne pourrait renoncer à la succession en retenant le don entre vifs qui lui a été fait? Il ne le pourrait certes pas, comme l'héritier légitime, jusqu'à concurrence de la quotité disponible de son père, puisque cette quotité ne peut pas lui être donnée. Mais rien n'empêche qu'il ne conserve, en renonçant, la donation qu'il a reçue de son père jusqu'à concurrence de sa part héréditaire. L'article 908 n'est pas contraire, puisque nous supposons que l'enfant ne retient que la part que la loi lui donne; si la donation excède cette part, elle sera naturellement sujette à réduction (2).

Il résulte de l'article 908 une autre conséquence qui établit une différence nouvelle entre l'enfant naturel et les héritiers légitimes. L'article 847 dit que le successible ne doit pas rapporter les dons et legs faits à son fils; et il ne rapporte pas non plus, d'après l'article 849, les libéralités faites à son conjoint. Quand il s'agit de réduction, la loi établit d'autres principes. L'enfant naturel est incapable de recevoir au delà de sa part héréditaire (art. 908); aux termes de l'article 911, toute disposition au profit d'un incapable est nulle si on la fait sous le nom de personnes interposées; et l'article ajoute : « sont réputés personnes interposées les enfants et l'époux de la personne incapable. » Donc la libéralité faite à l'enfant ou au conjoint de l'enfant naturel est nulle, en ce sens qu'elle est censée faite à l'enfant naturel.

43. Les différences que nous venons de signaler entre le rapport et l'obligation de l'enfant naturel subsistent-elles lorsque, à défaut de parents légitimes, la succession tout entière est dévolue aux successeurs irréguliers? Ces différences ont leur principe dans l'article 908; or, l'article 908 cesse d'être applicable quand il n'y a pas d'héritiers légitimes; en effet, dans ce cas, l'enfant naturel n'est plus réduit à une quotité de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime, il cesse donc d'être incapable, et par suite les

(1) Chabot, t. I, p. 583, n° 3 de l'article 760. Demolombe, t. XIV, p. 144, n° 93.
(2) Bordeaux, 6 août 1827 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 345).

conséquences qui dérivent de son incapacité cessent également. S'il y a plusieurs enfants naturels, ils sont tenus de rapporter les libéralités qu'ils ont reçues. Peuvent-elles être faites avec dispense de rapport? L'affirmative est admise par tous les auteurs, et elle n'est pas douteuse : pourquoi le père ne pourrait-il pas avantager l'un de ses enfants naturels, comme il peut avantager l'un de ses enfants légitimes? L'article 908 n'est plus un obstacle, puisqu'il ne reçoit plus d'application. On rentre donc dans le droit commun. Une autre conséquence découle du même principe : c'est que l'article 911 cesse d'être applicable, il ne peut plus y avoir de personnes présumées interposées là où il n'y a plus d'incapacité de recevoir, car l'interposition présumée n'a d'autre objet que de sanctionner cette incapacité.

44. L'article 760 impose l'obligation du rapport à l'enfant naturel et à ses descendants. C'est une conséquence de l'article 759, qui porte qu'en cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfants ou descendants peuvent réclamer les droits que la loi accorde à leur père. L'application de l'article 760 ne souffre aucune difficulté lorsque les descendants viennent à la succession par représentation; ils prennent alors la place de l'enfant naturel, ils exercent ses droits et sont tenus de ses obligations : c'est le droit commun (art. 848). Par application de ces principes, il faut décider que les descendants de l'enfant naturel doivent rapporter non-seulement ce que leur père a reçu, mais aussi les libéralités qui leur ont été faites : c'est toujours le droit général. Mais que doit-on décider si les descendants viennent à la succession de leur chef? Dans l'opinion que nous avons enseignée, les descendants de l'enfant naturel ne peuvent venir à la succession que par représentation (2); la doctrine contraire est plus généralement suivie. Les partisans de cette opinion disent que les descendants, alors même qu'ils viennent de leur chef, doivent rapporter ce qui a été donné à leur père. Cela est

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 357, n° 522; Demolombe, t. XIV, p. 166, n° 102.
(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, n° 127, p. 150.

contraire aux principes qui régissent le rapport. Le rapport se fait par le donataire à la succession du donateur (art. 850); or, les descendants ne sont pas donataires, et ils ne viennent pas par représentation du donataire : à quel titre seraient-ils tenus au rapport? Il faudrait pour cela un texte qui n'existe point; aussi les auteurs font-ils réellement la loi en cette matière; nous ne leur reconnaissons pas ce droit-là (1).

SECTION III. — De la division des créances et des dettes.

§ Ier. *Division des créances.*

N° 1. PRINCIPE ET CONSÉQUENCES.

45. Le principe de la division des créances est établi au titre des *Obligations*; d'après l'article 1220, les obligations qui sont susceptibles de division se divisent entre les héritiers du créancier et du débiteur. Quant aux héritiers du créancier, la loi dit qu'ils ne peuvent demander la dette que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le créancier. L'article 1220 nous dit le motif de cette division des créances qui a lieu de plein droit, en vertu de la loi, dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité : c'est une conséquence de la saisine. Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des droits et actions du défunt; ils le représentent, ils continuent sa personne; quand il y en a plusieurs, ils ne représentent le défunt que dans la limite de leur droit héréditaire, ils ne sont donc saisis de ses droits que dans cette limite : donc si ces droits sont divisibles, ils se divisent dans la proportion de la part héréditaire de chacun des successibles. Cette division se fait de plein droit, puisque le principe d'où elle découle agit de plein droit. Le mort saisit le vif et son hoir le plus proche, de tous ses droits et actions; dès l'instant de son décès, ses héritiers sont saisis, chacun de sa part dans

(1) En sens contraire, Chabot, t. I, p. 584, n° 4 de l'article 760; Demante, t. III, p. 107, n° 79 *bis* VI; Demolombe, t. XIV, p. 146, n° 94.

ces droits, sans qu'ils aient besoin de manifester une volonté, ni de poser un acte quelconque. Ce principe s'applique à tous les biens délaissés par le défunt; mais il y a cette différence entre les créances et les biens corporels, c'est que les droits se divisent en vertu de la loi, tandis que les autres biens exigent une opération matérielle pour être divisés entre les héritiers, c'est le partage. Cette opération n'est pas nécessaire pour les créances; la loi fixe la quotité du droit héréditaire de chaque héritier; cette même quotité détermine la part de chaque héritier dans les créances. Cependant si les créances se divisent sans partage aucun, il se peut qu'elles soient comprises dans le partage, et le plus souvent on les y comprend. De là une difficulté qui a donné lieu à de longues controverses : le partage étant déclaratif de propriété, il en résulte que les créances qui font l'objet du partage sont censées avoir toujours appartenu pour le tout à l'héritier dans le lot duquel elles sont placées; tandis que les autres héritiers sont censés n'y avoir jamais eu aucun droit. Comment concilier l'article 883, qui attribue chaque créance pour le total à un héritier, à l'exclusion des autres, avec l'article 1220 qui divise chaque créance entre tous les héritiers? Avant d'aborder la question, nous allons déduire les conséquences qui dérivent de l'article 1220; nous dirons ensuite comment cet article se concilie avec l'article 883.

46. Il y a une première conséquence qui est formulée par le texte même de l'article 1220. Les héritiers, dit la loi, ne peuvent demander la dette que pour les parts dont ils sont saisis; donc ils peuvent la demander pour cette part. Ainsi la mort du créancier morcelle ses créances; jusque-là elles étaient indivisibles; maintenant il y a autant de créances que d'héritiers, et chacun exerce son droit indépendamment des autres, comme s'il y avait eu, dès le principe, autant de créances que d'héritiers. Il en est ainsi même des créances hypothécaires; on a contesté cette application du principe : la jurisprudence l'a consacrée, comme nous l'avons dit ailleurs (1), et elle n'est point dou-

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, n° 213, p. 244.

teuse; il est vrai que l'hypothèque est indivisible, mais cette indivisibilité n'empêche pas la créance de se diviser; cela est élémentaire.

Chacun des héritiers du créancier ayant le droit de demander le payement de la dette pour la part dont il est saisi, le débiteur, de son côté, doit avoir le droit de payer à chaque héritier la part qui lui revient dans la créance; car il est de principe que le débiteur a le droit de payer ce que le créancier a le droit d'exiger. Rien de plus logique. Par suite de la division des créances, il y a autant de créanciers que d'héritiers; le débiteur n'est donc plus en face d'un créancier unique qui pouvait exiger le payement intégral de la dette, il est en présence de créanciers partiels, qui n'ont droit chacun qu'à une partie de la créance; il ne pourrait pas même payer à l'un d'eux la totalité de la dette (1); s'il le faisait, il payerait ce qu'il ne doit pas, et il pourrait répéter ce qu'il a payé indûment.

47. Si l'un des héritiers du créancier est débiteur du débiteur, et si les deux dettes sont compensables, la compensation éteindra sa créance jusqu'à concurrence du montant de sa dette. C'est l'application du principe établi par l'article 1289 : « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes. » L'article 1290 ajoute que la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent à l'instant où elles se trouvent exister à la fois. De sorte que si l'héritier du créancier est débiteur du débiteur lors de l'ouverture de l'hérédité, la compensation éteindra sa créance dès ce moment : on suppose naturellement que les deux dettes réunissent les conditions exigées par la loi pour qu'il y ait compensation.

La cour de cassation a consacré ce principe dans une espèce où l'action était intentée contre le débiteur par tous les héritiers du créancier; l'un des héritiers, qui était débiteur du débiteur, objectait que les héritiers agissant simultanément devaient être considérés comme représen-

(1) Comparez cassation, 4 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 196).

tant le défunt pour le tout, et d'une manière indivisible, que par suite le débiteur était tenu de payer toute la dette, comme il aurait dû la payer au défunt. L'objection est d'une faiblesse extrême ; pour mieux dire, c'est la négation du principe de la division des créances établi par l'article 1220. La conséquence la plus simple de ce principe est qu'il y a autant de créanciers que d'héritiers ; ces créanciers ont chacun un droit indépendant de celui des autres créanciers. Libre à eux d'agir simultanément, mais chacun ne peut demander que ce qui lui est dû ; si parmi ces créanciers il s'en trouve un dont la créance est éteinte par la compensation, le débiteur a certes le droit de lui opposer la compensation, car le prétendu créancier réclame le payement d'une dette éteinte. On objectait encore, dans l'intérêt du créancier, que l'article 883 s'opposait à la compensation ; nous reviendrons plus loin sur ce point, qui n'était pas plus douteux que l'autre, puisque l'action était intentée pendant l'indivision, avant tout partage (1).

48. Le principe s'applique aussi à la cession des créances héréditaires. Si chacun des héritiers du créancier peut demander le payement de sa part dans la créance, c'est qu'il est saisi de cette part, dit l'article 1220. Or, qu'est-ce que la saisine? L'héritier est saisi de la propriété et de la possession des droits et actions du défunt ; et comme la loi elle-même fixe la part qui lui revient dans chaque créance, rien ne l'empêche de vendre cette part : c'est le droit commun qui permet à tout créancier de céder sa créance. Le droit est incontestable ; nous dirons à l'instant comment l'exercice de ce droit se concilie avec l'article 883.

Il en est de même du droit de saisie-arrêt qui appartient aux créanciers de chacun des héritiers. Le principe de ce droit est écrit dans le code civil (art. 1166), qui permet aux créanciers d'exercer tous les droits de leur débiteur (2). Mais la difficulté est de savoir quels sont ces

(1) Rejet, 23 février 1864 (Dalloz, 1864, 1, 477).
(2) Zachariæ, t. IV, p. 485, § 635. Demolombe, t. XVII, p. 359, n° 294.

droits dans l'espèce : est-ce l'article 1220 qui doit recevoir son application, ou est-ce l'article 883? Nous croyons que l'antinomie entre ces deux dispositions n'est qu'apparente; il faut les appliquer l'une et l'autre, l'article 1220 jusqu'au moment du partage et l'article 883 à partir du partage. C'est l'opinion commune, et la jurisprudence l'a consacrée.

II. *L'article* 883 *et l'article* 1220.

49. L'article 883 s'applique-t-il aux créances? et si le partage comprend les créances avec effet déclaratif, comment le concilier avec l'article 1220 qui divise les créances de plein droit avant tout partage? Que l'article 883 s'applique aux créances, cela ne nous paraît pas douteux; il est conçu dans les termes les plus généraux. « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à *tous les effets* compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres *effets* de la succession. » La question est de savoir si les créances héréditaires sont au nombre de ces *effets?* On prétend que non : comment partager, dit-on, des droits que la loi elle-même partage? On partage ce qui est *indivis;* or, au moment où le partage se fait, les créances sont *divisées* de plein droit, en vertu de la loi, dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité. Donc la division des créances rend l'article 883 inapplicable. La réponse à l'objection se trouve dans l'article 832 : il convient, dit la loi, de mettre dans chaque lot la même quantité de meubles, d'immeubles, de *droits ou de créances* de même nature et valeur. Donc les droits et créances entrent dans la masse partageable, malgré la division établie par l'article 1220; or, dès qu'ils sont mis dans les divers lots, il y a lieu d'appliquer le principe général et absolu de l'article 883 : chaque cohéritier sera censé avoir toujours été propriétaire des créances comprises dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres créances de la succession. C'est, dit-on, anéantir l'article 1220, qui est cependant le vrai siége de la matière; de ce que l'on comprend les créances dans le partage, il ne suit pas qu'il faille leur

appliquer l'article 883. Au moment où l'on procède au partage, chaque héritier est propriétaire de sa part dans chaque créance; ce morcellement a des inconvénients, puisqu'il oblige les héritiers à multiplier leurs actions pour le recouvrement de petites sommes; on remédie à ce mal en attribuant à chacun la totalité d'une créance. C'est une vraie attribution, c'est-à-dire une cession, puisque l'héritier propriétaire de plusieurs fractions de créances les cède en échange d'une créance entière. On conclut de là qu'il faut appliquer les règles qui régissent la cession de créances, c'est-à-dire que les divers héritiers ne deviennent propriétaires des créances mises dans leur lot qu'en vertu de la cession, et à partir de la signification qui en est faite conformément à l'article 1690. Nous répondons que cette théorie de la cession des créances introduit le principe romain du partage translatif de propriété dans une législation qui a rejeté ce principe : conçoit-on qu'un seul et même acte, le partage, soit tout ensemble déclaratif de propriété quant aux meubles et aux immeubles, et translatif quant aux créances? Cela est inadmissible. Les termes généraux de l'article 883 ne comportent pas de distinction: ou il faut dire que les créances ne sont pas comprises dans le partage, ce que l'article 832 ne permet pas de soutenir: ou il faut appliquer le principe du partage déclaratif aux créances, sauf à le concilier avec le principe de la division des créances. La conciliation est très-simple.

50. C'est un principe élémentaire que la loi doit sanctionner les actes faits en vertu de ses dispositions; elle ne peut pas permettre qu'on les attaque; bien moins encore la loi peut-elle anéantir ce qu'elle a autorisé et commandé. Or, quand il y a des créances héréditaires, la loi les divise de plein droit; elle autorise chaque héritier du créancier à demander le payement de sa part dans ces créances, et elle autorise, que dis-je? elle force le débiteur à payer. Supposons donc que le débiteur ait payé à l'un des héritiers du créancier le tiers qui lui revenait dans la créance; on procède au partage, la créance y est comprise; elle échoit au lot d'un cohéritier de celui qui a reçu sa part. Quel va être l'effet du partage? L'héritier dans

le lot duquel la créance se trouve pourra-t-il dire qu'en vertu de l'article 883, il a toujours été propriétaire exclusif de cette créance, et que, par suite, il en peut réclamer le payement intégral contre le débiteur, sans tenir compte du payement partiel que celui-ci a fait? Cela est impossible; le débiteur lui répondrait : « J'ai payé le tiers de ma dette à votre cohéritier, parce que j'avais le droit et l'obligation de faire ce payement; ma dette est donc éteinte pour un tiers, en vertu de l'article 1220. Libre à vous de comprendre la créance dans le partage, mais le partage ne peut pas faire que je ne sois pas libéré, alors que je suis libéré; la loi ne peut pas anéantir le payement que j'ai fait en vertu de la loi. » L'héritier dira-t-il que l'article 883 modifie l'article 1220? La réponse se trouve dans le texte même de l'article 883. Il s'applique à tous les effets compris dans le partage; or, peut-on comprendre dans le partage une créance éteinte par le payement? Non certes. Eh bien, on ne peut pas davantage l'y comprendre pour le tout quand elle est éteinte légalement pour un tiers. Elle ne subsiste plus que pour les deux tiers; la créance ainsi réduite sera comprise dans le partage, et on lui appliquera le principe du partage déclaratif. On respecte ainsi l'article 1220, et on ne viole pas l'article 883.

Il en est absolument de même quand il y a eu compensation. En effet, la compensation est un payement fait en vertu de la loi; quand l'un des héritiers, créancier pour un tiers, est débiteur du débiteur pour une somme équivalente, la loi intervient et déclare la créance et la dette éteintes. Si plus tard cette créance, éteinte partiellement par la compensation, est comprise dans le partage, on ne peut l'y comprendre que pour deux tiers; la loi doit certainement tenir compte d'une extinction partielle de la créance qu'elle-même ordonne; le débiteur est définitivement libéré d'un tiers de sa dette, ou veut-on que sa dette revive après que la loi l'a déclarée éteinte de plein droit?

On en doit dire autant lorsque la créance a été cédée par l'un des héritiers du créancier. Propriétaire d'un tiers de la créance en vertu de la loi, il vend ce tiers. Si plus

tard cette créance est comprise dans le partage, peut-on l'y comprendre pour le tout, et l'héritier au lot duquel elle tombe pourra-t-il dire que son cohéritier a vendu une partie de la créance qui ne lui appartenait pas? Le cédant lui répondrait : « J'ai vendu la part de la créance dont la loi elle-même m'a saisi, dont elle m'a transféré la propriété. La loi déclarera-t-elle nulle une cession qu'elle m'a autorisé à faire? »

Enfin si les créanciers d'un héritier ont saisi sa part de la créance, cette saisie sera-t-elle annulée si la créance tombe au lot d'un cohéritier du saisi? Impossible : les créanciers ont usé d'un droit que la loi leur accorde, et la loi doit sa sanction aux actes faits en vertu de ses dispositions (1).

51. Voilà la part qu'il faut faire à l'article 1220; les copartageants doivent respecter tous les actes faits en vertu de la division des créances, et tous les droits acquis à des tiers. L'article 883 recevra son application en tant qu'il ne porte pas atteinte à des droits acquis. Cela est de toute évidence quand, depuis l'ouverture de l'hérédité jusqu'au partage, rien n'a été fait en vertu de l'article 1220; les choses étant entières, les créances héréditaires seront comprises dans le partage, et on leur appliquera l'article 883; pour mieux dire, dans cette hypothèse, la difficulté ne se présente pas pour les actes antérieurs au partage, puisqu'il n'y en a pas. Mais s'il y a des actes antérieurs ou postérieurs au partage, les difficultés ne manquent point; nous allons les aborder.

Pendant l'indivision, un héritier reçoit sa part d'une créance hypothécaire : peut-il donner mainlevée de l'inscription? Non, il peut recevoir et donner quittance, mais l'hypothèque étant indivisible et garantissant toute la créance, elle subsistera pour la partie de la créance qui

(1) Voyez un arrêt très-bien motivé de Limoges, du 19 juin 1863, confirmé par un arrêt de rejet de la chambre civile du 4 décembre 1866 (Dalloz, 1864, 2, 16 et 1866, 1, 470). Comparez Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 486, notes 7 et 8 du § 635; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 425, note 3; Demolombe, t. XVII, p. 361, n° 295. En sens contraire, Duranton, t. VII, p. 260, n° 163; p. 705, n° 519; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 554, n° 789; Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 202.

n'a pas été payée, et par conséquent l'inscription ne peut pas être radiée. A plus forte raison l'un des héritiers ne peut-il pas consentir à cette radiation s'il ne reçoit aucun payement; ce serait renoncer aux effets de l'hypothèque; or, créancier partiel, il ne peut pas renoncer à sa part dans la garantie hypothécaire, puisque l'hypothèque est indivisible. Sa renonciation, de même que le consentement à la mainlevée de l'inscription, ne pourront donc être opposés à l'héritier dans le lot duquel la créance sera mise (1).

A partir du partage, l'héritier dans le lot duquel la créance se trouve en peut demander le payement intégral, tandis que les autres héritiers ne peuvent plus demander le payement partiel de la créance, puisque, en vertu du principe de l'article 883, ils sont censés n'avoir jamais eu la propriété de cette créance. Ne faut-il pas, pour que le partage produise cet effet, qu'il soit signifié au débiteur? L'article 1690 n'exige cette signification que pour le transport des créances; or, dans l'espèce, la créance n'est pas cédée, le partage étant déclaratif de propriété. Il y a une lacune dans la loi, et il en résulte quelque difficulté. Le débiteur peut ignorer le partage; dans cette ignorance, il paye à l'un des héritiers sa part dans la créance; sera-t-il libéré? En vertu de l'article 883, il faudrait répondre négativement; mais le débiteur ne peut-il pas invoquer l'article 1240, qui valide le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance? Il est certain que l'héritier est saisi de la créance pour sa part; il est donc en possession de la créance dans le sens de l'article 1240, et partant le débiteur qui paye de bonne foi entre ses mains est valablement libéré, sauf le recours des héritiers entre eux. La loi aurait dû prévenir ces difficultés en prescrivant une notification du partage au débiteur (2).

52. Pour la compensation il n'y a aucune difficulté.

(1) Arrêt de rejet de la chambre civile du 20 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 1, 82).

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 488 et note 10 du § 635; Demolombe, t. XVII, p. 365, nº 297.

Jusqu'au moment du partage, chacun des héritiers est saisi de sa part dans la créance; si, avant le partage, il devient débiteur, la compensation s'opérera de plein droit du moment où les deux créances coexistent. S'il devient débiteur après le partage, il ne peut plus y avoir de compensation, car l'héritier débiteur n'est plus créancier, puisque, en vertu de l'article 883, il est censé n'avoir jamais eu la propriété de la créance. Cette application de l'article 883 n'est pas douteuse (1).

53. La même distinction s'applique à la cession; seulement ici il faut tenir compte de l'article 1690. Il ne suffit pas qu'une créance soit cédée pour que le cessionnaire puisse opposer la cession aux tiers; il faut que la signification de la cession ait été faite au débiteur, et il faut de plus, d'après la loi hypothécaire belge (art. 5), que la cession ait été rendue publique par une inscription, si elle a pour objet une créance hypothécaire ou privilégiée. Tant que ces formalités n'ont pas été remplies, la cession n'existe pas à l'égard des tiers. Lors donc que l'un des héritiers vend pendant l'indivision sa part dans une créance, cette cession n'empêchera pas l'application de l'article 883, si la cession n'a été ni signifiée ni rendue publique. Vainement le cessionnaire invoquerait-il l'article 1220 et son droit acquis; il n'y a pas de droit acquis, puisque la cession ne peut être opposée à l'héritier dans le lot duquel la créance a été mise. A partir du partage, aucune cession ne peut plus être faite par les cohéritiers de celui qui, en vertu de l'article 883, est devenu seul créancier; quand même la cession serait signifiée et rendue publique, le cessionnaire ne pourrait pas s'en prévaloir contre l'héritier propriétaire de la créance, car ce serait une cession faite par une personne qui n'a jamais eu de droit à la créance, donc nulle. Le cessionnaire peut être trompé s'il a acheté dans l'ignorance du partage. Ici encore il y a lacune; tout partage devrait être rendu public. Notre loi hypothécaire prescrit la publicité du partage, mais seulement dans le cas où il comprend des droits réels immobiliers.

(1) Orléans, 22 juillet 1842 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2109).

54. L'article 883 reçoit encore son application quand les créanciers de l'un des héritiers ont saisi sa part dans la créance. Il a été jugé que l'effet déclaratif du partage anéantissait la saisie-arrêt qui aurait été pratiquée avant le partage, puisque les créanciers ne peuvent pas saisir ce qui n'appartient pas à leur débiteur (1). Cette décision de la cour de cassation est contraire à la jurisprudence de la cour : le partage ne peut pas enlever un droit acquis. Si donc il est intervenu un jugement qui valide la saisie, et ordonne au débiteur de payer entre les mains du créancier saisissant, le créancier pourra opposer la saisie à l'héritier dans le lot duquel la créance serait mise (2). Il nous semble même que la simple saisie suffirait. Le code le décide ainsi en matière de compensation; la saisie, d'après l'article 1290, donne un droit acquis au créancier saisissant. Cela décide la question. Mais si la saisie est pratiquée après le partage, elle ne donne plus aucun droit au créancier, car il saisit en réalité ce qui n'appartient pas à son débiteur, puisque, par l'effet déclaratif du partage, l'héritier est censé n'avoir jamais eu de droit sur la créance.

§ II. *Division des dettes.*

N° 1. QUI EST TENU DES DETTES?

55. La section III du chapitre VI est intitulée : *Du payement des dettes.* Dans le sens propre du mot, on entend par *dettes* les obligations contractées par le défunt et qui passent à ses héritiers. Le mot *dettes* a, dans notre matière, une signification beaucoup plus large; il s'applique à des dettes dont le défunt n'était point tenu parce qu'elles ne naissent qu'après sa mort : tels sont les frais funéraires, les frais de scellé et d'inventaire. On les appelle ordinairement des *charges*. Cette expression a aussi un sens plus large, dans lequel elle comprend les dettes : c'est ainsi que l'article 724 dit que les héritiers ont la sai-

(1) Rejet du 24 janvier 1837 (Dalloz, 1849, 1, 82).
(2) Zachariæ, t. IV, p. 488 et note 9 du § 635.

sine, sous l'obligation d'acquitter toutes les *charges* de la succession. Faut-il comprendre les legs sous la dénomination de *charges?* Pothier les y comprend au même titre que les dettes(1). Cette remarque a une grande importance; nous y reviendrons. Pothier dit aussi que l'on ne fait aucune différence entre les charges et les dettes proprement dites : les héritiers sont tenus des charges pour la même part pour laquelle ils sont tenus des dettes(2). Quelle est cette part? et comment les divers successeurs sont-ils tenus des dettes? Cette question est toujours controversée, et il y a peu d'espoir que la controverse finisse, puisqu'elle tient à la mauvaise rédaction de la loi. Il nous faut voir d'abord quels successeurs sont tenus des dettes.

56. Sont tenus d'abord des dettes les héritiers légitimes. Nous venons de citer l'article 724, aux termes duquel ils sont saisis des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. La saisine implique que les héritiers continuent la personne du défunt; ils sont donc tenus des dettes comme le défunt lui-même en était tenu, indéfiniment ou *ultra vires,* comme on dit dans le langage de l'école, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire (art. 802, n° 1). Ils resteraient tenus alors même qu'ils céderaient l'hérédité, car la cession n'annule pas l'acceptation; loin de là, puisque le transport que fait de ses droits successifs un des cohéritiers emporte de sa part acceptation de la succession (art. 780). Le cédant reste donc débiteur à l'égard des créanciers, sauf son recours contre le cessionnaire (art. 1698). Celui-ci est tenu à l'égard du cédant, il ne l'est pas à l'égard des créanciers; la cession, comme tout contrat, n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Il suit de là que les créanciers ne peuvent agir contre le cessionnaire qu'en vertu de l'article 1166, comme exerçant les droits de leur débiteur. Le contraire a été jugé dans une espèce où le cessionnaire était un héritier renonçant (3).

(1) Pothier, *Des successions,* chap. V, art. I.
(2) Pothier, *Introduction au titre des Successions de la coutume d'Orléans,* n° 126.
(3) Bordeaux, 11 mai 1833 (Dalloz, au mot *Succession,* n° 676). L'arrêt

Cette circonstance ne peut pas changer les principes ; l'héritier qui renonce étant censé n'avoir jamais été héritier, est assimilé à un étranger ; il n'a donc que la qualité de cessionnaire et, comme tel, il n'est pas sujet à l'action directe des créanciers. Cela est élémentaire (1).

La cour de Liége a jugé, par application de ces principes, que l'héritier légitime, qui vend ses droits successifs, étant héritier pur et simple et, comme tel, représentant de la personne du défunt, est tenu des dettes, alors même que par l'effet d'un testament ou pour toute autre cause il ne recueillerait rien, ou ne recueillerait les biens qu'à un titre qui ne l'oblige point à supporter les dettes *ultra vires* (2). Cela n'est pas douteux.

57. Il y a des héritiers légitimes qui ne recueillent que certains biens ; ce sont ceux qui exercent le retour successoral, l'ascendant donateur, l'adoptant et ses enfants, les frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel. Ils succèdent *ab intestat*, mais succèdent-ils à la personne? sont-ils les représentants du défunt et, à ce titre, tenus *ultra vires?* Nous avons examiné la question ailleurs (3).

58. Les successeurs irréguliers ne sont point héritiers ; la loi dénie formellement ce titre à l'enfant naturel (article 756) ; le conjoint survivant et l'Etat ne sont pas même parents. Ce sont des successeurs universels aux biens, et, comme tels, tenus des dettes, au moins jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent, par application du principe que l'universalité des biens est grevée de la charge des dettes. Faut-il aller plus loin et dire que les successeurs irréguliers sont tenus *ultra vires?* Au point de vue des textes, la question n'est guère douteuse, bien qu'elle soit controversée. Il y a des successeurs irréguliers qui concourent avec les héritiers légitimes ; ce sont les enfants naturels. Dans cette hypothèse, les héritiers légitimes seuls ont la saisine ; à eux seuls on peut donc

ait que le cessionnaire est l'image du cédant : cela s'appelle se payer de mots.

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1358, et Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 428, note 9.

(2) Liége, 23 décembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 138).

(3) Voyez le tome IX de mes *Principes*, n°s 200, 201, p. 246 et suiv.

appliquer l'article 724, aux termes duquel les héritiers sont saisis des biens du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. Il résulte de cette disposition que les obligations des héritiers sont corrélatives à leurs droits ; s'ils sont tenus des dettes *ultra vires*, c'est qu'ils ont la saisine, en vertu de laquelle ils continuent la personne du défunt. Donc les successeurs qui n'ont pas la saisine ne peuvent être tenus des dettes *ultra vires*; simples successeurs aux biens, ils ne sont tenus qu'à ce titre, partant jusqu'à concurrence de la valeur des biens. Le texte de l'article 724 est décisif. C'est le seul qui impose à une catégorie de successeurs l'obligation de payer *toutes* les charges de la succession; et il n'impose cette obligation aux héritiers légitimes que parce qu'ils sont saisis de tous les biens, droits et actions du défunt. La conséquence est incontestable : ceux qui ne sont pas saisis ne représentent pas le défunt; ils ne sont donc pas tenus de *toutes* les charges de la succession, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas tenus *ultra vires*. L'article 724 ajoute que les enfants naturels, l'époux survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession des biens; c'est dire qu'ils n'ont pas la saisine, que par conséquent ils ne sont tenus des dettes qu'à raison de ces biens. Pour les soumettre au payement des dettes *ultra vires*, il faudrait un texte ou un principe. De texte il n'y en a pas; il n'y a pas même d'article du code qui les déclare tenus jusqu'à concurrence de leur émolument. Si la doctrine l'admet, c'est comme conséquence du principe qu'ils sont successeurs universels, mais ils ne succèdent qu'aux biens, donc ils ne peuvent être tenus que comme successeurs aux biens. Ainsi le principe même que l'on invoque pour les faire contribuer aux dettes prouve qu'ils n'y contribuent que dans la limite de leur émolument (1).

L'enfant naturel n'étant tenu que jusqu'à concurrence de son émolument, quelle sera la garantie des créanciers? Est-il obligé de faire inventaire? Il est certain qu'il ne

(1) Duranton, t. VI, p. 330, n° 290. Chabot, t. I, p. 548, n° 18 de l'article 757. Vazeille, t. I, p. 81, n° 13 de l'article 757. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 522. note 22 du § 638.

doit pas accepter la succession sous bénéfice d'inventaire, en remplissant les formalités prescrites par la loi pour les héritiers légitimes, car il n'est pas héritier, et aucune loi ne lui impose l'obligation de faire une déclaration ni de procéder à l'inventaire. Nous exposons le système du code sans l'approuver, nous l'apprécierons plus loin. Il n'y a pas de texte qui soumette l'enfant naturel à une condition pour jouir du bénéfice de n'être tenu des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille, et dans le silence de la loi, il n'appartient pas à l'interprète d'établir des conditions et de prescrire des formalités. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'enfant naturel peut être poursuivi par les créanciers comme détenteur d'une universalité de biens ; s'il prétend que les créanciers dépassent son émolument et entament son propre patrimoine, c'est à lui d'en faire la preuve. Quant aux créanciers, ils seront admis à prouver par témoins la consistance du mobilier non inventorié, puisqu'ils ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale (art. 1348) (1).

59. Ce que nous venons de dire de l'enfant naturel qui concourt avec des héritiers légitimes s'applique aussi à l'enfant naturel qui recueille tous les biens à défaut de parents légitimes, de même qu'au conjoint survivant et à l'Etat. Il y a toujours silence de la loi, elle ne dit même pas que les successeurs irréguliers sont tenus des dettes ; si la doctrine l'admet, c'est par application du principe que tout successeur universel aux biens est tenu des dettes, mais ce même principe prouve que les successeurs irréguliers ne sont tenus que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent, puisqu'ils ne sont que successeurs aux biens ; ne représentant pas la personne du défunt, ils ne peuvent être poursuivis que comme détenteurs des biens, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur de ces biens. Cependant la question est controversée, et la jurisprudence tend à devenir contraire à l'opinion qui a longtemps dominé dans la doctrine. Au principe tel que nous venons

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 522, notes 23 et 22 du § 638, et les autorités qui y sont citées.

de le formuler, on oppose un autre principe emprunté à un arrêt de la cour de cassation. La cour dit que le droit à une quotité de succession implique l'obligation de supporter une quotité proportionnelle des dettes et charges, que ce droit et cette obligation sont des conséquences corrélatives de tout titre successif universel. Quand la cour parle de l'obligation de supporter les dettes, elle entend une obligation indéfinie, *ultra vires;* car elle assimile entièrement le légataire à titre universel à l'héritier légitime. Sur quoi fonde-t-elle l'assimilation d'un successeur non saisi à un successeur qui a la saisine? C'est que l'un et l'autre sont tenus personnellement, ce qui implique qu'ils sont tenus, comme tout débiteur, sur tous leurs biens, donc *ultra vires*. Qu'importe que, parmi les successeurs, il y en ait qui sont saisis et d'autres qui ne le sont pas? Tous les successeurs sont saisis, dit la cour, et après elle M. Demolombe : les uns en vertu de la loi; ce sont les héritiers légitimes: les autres en vertu de la délivrance qui leur est faite des biens, ce sont les légataires et les successeurs irréguliers par le jugement qui les envoie en possession (1).

Les auteurs étaient jusqu'ici unanimes en faveur de l'opinion contraire, sauf le dissentiment de Belost-Jolimont. En parlant de cette dissidence, MM. Aubry et Rau remarquent que l'annotateur de Chabot ne justifie pas sa proposition, et qu'effectivement il n'y a pas d'argument à faire valoir pour cette opinion, puisqu'il n'existe pas dans le code une seule disposition d'où l'on puisse induire, même par voie de conséquence éloignée, que les successeurs irréguliers soient tenus des dettes de la succession sur leur propre patrimoine (2). C'était faire d'avance la critique du système consacré par la cour de cassation. Le prétendu principe qu'elle invoque a été imaginé par elle; il est en opposition avec la tradition, en opposition avec les textes du code qui reproduisent la théorie tradition-

(1) Cassation du 13 août 1851 (Dalloz, 1851, 1, 281). Demolombe, t. XIII, p. 225, n° 160.
(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 534, note 25 du § 639, et les auteurs qui y sont cités.

nelle. Pothier nous dira quel est le vrai principe du droit français. Pourquoi, à côté des héritiers légitimes, distingue-t-on des successeurs irréguliers? C'est précisément parce qu'ils ne succèdent pas à la personne, mais seulement aux biens; d'où suit qu'ils sont tenus des dettes comme charge des biens, et jusqu'à concurrence de la valeur des biens (1). Il y a donc deux classes de successeurs très-distinctes, les uns représentant la personne du défunt, les autres simples successeurs aux biens. Dans l'hérédité *ab intestat*, il est très-facile de les connaître, car ils portent des noms différents; les uns s'appellent héritiers, les autres successeurs irréguliers. Le code a-t-il suivi la doctrine de Pothier? Il l'a consacrée en lui donnant encore plus de rigueur. L'article 724 accorde la saisine aux héritiers légitimes, il la refuse aux successeurs irréguliers. Pourquoi? Parce que les premiers continuent la personne du défunt, et les autres recueillent seulement ses biens.

On nous demandera si cette distinction traditionnelle entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers est fondée en raison? Si nous avions à faire la loi, nous la ferions dans le sens de la doctrine que la cour de cassation a consacrée. Tout successeur universel du défunt devrait être tenu comme successeur personnel, sans distinguer s'il est héritier légitime ou successeur irrégulier. Qu'importe que les uns soient saisis et que les autres ne le soient pas? qu'importe que la loi donne aux uns le titre honorable d'héritiers et qu'elle le refuse aux autres? Ces différences qui ont leur raison d'être ne devraient pas influer sur les obligations des successeurs : ayant tous les mêmes droits quant aux biens, ils devraient tous être tenus des mêmes charges. On ne voit pas pourquoi ceux que la loi honore, en leur accordant la saisine, en leur donnant le nom d'héritiers, sont tenus des dettes indéfiniment, tandis que les successeurs irréguliers, moins favorables, sont favorisés davantage, puisqu'ils ne sont tenus des charges que jusqu'à concurrence de leur émolument. La critique

(1) Pothier, *Des successions*, chap. VI.

est de Vazeille, et elle nous paraît juste (1). Seulement elle s'adresse au législateur et non à l'interprète : la cour de cassation a fait ce qu'elle n'a point le droit de faire, une loi nouvelle qui s'écarte de la tradition tout ensemble et du texte de la loi.

Il va sans dire que, dans notre opinion, les successeurs irréguliers ne sont pas obligés d'accepter sous bénéfice d'inventaire pour n'être tenus des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent. Dans l'opinion contraire, on veut qu'ils fassent une déclaration au greffe (2). La conséquence témoigne contre le principe. Peut-il y avoir une obligation légale sans loi? Et à qui la loi impose-t-elle l'obligation de faire une déclaration au greffe? Ce sont les héritiers légitimes que l'article 724 oblige de supporter toutes les charges de la succession ; veulent-ils jouir du bénéfice d'inventaire, il faut qu'ils le réclament. Ce bénéfice est étranger aux successeurs irréguliers ; ils ne représentent pas le défunt, il n'y a donc ni confusion de personnes, ni confusion de biens : à quoi bon alors un bénéfice qui a pour objet essentiel de séparer des patrimoines confondus? Toutefois la loi oblige les successeurs irréguliers à faire inventaire (art. 769). S'ils ne font pas inventaire, en faut-il conclure qu'ils seront tenus des dettes *ultra vires?* On le dit (3), mais cette opinion n'est fondée sur aucun texte ni sur aucun principe. Tout ce qui résulte des principes, c'est que les créanciers pourront prouver par toute espèce de preuves la consistance du mobilier non inventorié.

60. Il y a des successeurs irréguliers auxquels la loi n'impose aucune espèce d'obligation, ce sont les parents naturels qui succèdent à l'enfant naturel (art. 765 et 766). Dans notre opinion, il n'y a pas de doute : simples successeurs aux biens, ils ne peuvent pas être tenus des dettes *ultra vires;* ils en sont tenus comme détenteurs des

(1) Vazeille, *Des successions*, t. I, p. 195, n° 8 de l'article 793.
(2) Chabot, t. I, p. 692, n° 7 de l'article 773; Duranton, t. VII, p. 19, n°s 11 et 12.
(3) Malpel, p. 669, n° 326 ; Marcadé, t. III, p. 177, n° 2 de l'article 793. Comparez le tome X de mes *Principes*, n° 2, p. 6.

biens, donc jusqu'à concurrence de leur valeur. La prudence leur conseille sans doute de faire inventaire pour éviter les difficultés qui se présentent sur la consistance du mobilier héréditaire; mais les conseils de la prudence ne sont pas une loi. Alors même qu'ils ne feraient pas inventaire, ils ne seraient pas tenus des dettes *ultra vires*, sauf aux créanciers à faire preuve par témoins de la consistance et de la valeur du mobilier (1).

61. Quant aux successeurs testamentaires et contractuels, il y a plusieurs distinctions à faire. Les successeurs à titre particulier ne supportent jamais les dettes; la loi le dit des légataires (art. 871), et cela est vrai aussi du donataire : c'est l'application du principe que les dettes grèvent l'universalité des biens. En vertu de ce principe, les légataires et les donataires sont tenus des dettes quand leur titre est universel (art. 871). Mais comment en sont-ils tenus? Les légataires universels, qui ne sont pas en concours avec des réservataires, ont la saisine (art. 1006); et on admet la même chose pour les héritiers contractuels. Assimilés en tout aux héritiers légitimes, on doit leur appliquer l'article 724; ils sont donc tenus des dettes *ultra vires*, à moins qu'ils n'acceptent la succession sous bénéfice d'inventaire. Quand ils sont en concours avec des réservataires, ceux-ci ont la saisine, et sont par conséquent les vrais représentants du défunt et, comme tels, tenus des dettes *ultra vires* (art. 1004); les légataires et donataires ne sont, en ce cas, que de simples successeurs aux biens; d'où suit qu'ils ne supportent les dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent. Les légataires et donataires à titre universel n'étant jamais saisis sont toujours des successeurs aux biens, et par suite ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument (art. 1011). Nous reviendrons sur tous ces points au titre des *Donations*, où est le siége de la matière; nous renvoyons également à ce titre tout ce qui concerne le payement des legs.

(1) Duranton, t. VII, p. 22, n° 13. Zachariæ, t. IV, p. 544 et note 4 du § 640.

Nº 2. DU PAYEMENT DES DETTES.

I. *Règles générales.*

62. Les héritiers sont tenus des dettes en ce sens qu'ils doivent les payer sur la poursuite des créanciers. Il en est de même des autres successeurs universels. Chacun supporte les dettes à proportion de la part qu'il prend dans les biens, et il peut être poursuivi pour cette quotité par les créanciers. Il peut se faire que l'un des héritiers ou successeurs universels soit tenu des dettes à l'égard des créanciers au delà de sa part héréditaire; il a, dans ce cas, un recours contre ses cosuccesseurs; ce recours a pour objet de répartir la charge des dettes entre tous les successeurs universels, de manière que chacun y contribue à proportion de sa part héréditaire. De là la distinction du *payement* des dettes et de la *contribution* aux dettes : le *payement* concerne les relations des successibles à l'égard des créanciers : la *contribution* règle les rapports des successibles entre eux.

Cette distinction date de l'ancien droit; elle y avait même une plus grande extension qu'aujourd'hui. Il y avait jadis des héritiers différents pour les meubles et acquêts, pour les propres paternels et pour les propres maternels; la part dont chacun était tenu dans les dettes dépendait de la liquidation de la succession; pour ne pas suspendre trop longtemps l'action des créanciers, on leur permettait de poursuivre chacun des héritiers pour sa part *virile*, part qui différait nécessairement de la part héréditaire pour laquelle il devait contribuer aux dettes; les héritiers réglaient la contribution entre eux. On permettait aussi aux créanciers de poursuivre pour toute la dette les héritiers légitimes, alors même qu'il y avait des légataires et des donataires universels : les premiers, en leur qualité de représentants du défunt, devaient payer l'intégralité des dettes, sauf à recourir contre les successeurs aux biens pour exiger leur part contributoire (1).

Le code a-t-il maintenu cette distinction? Il est difficile

(1) Pothier, *Des successions*, chap. V, art. III, § II et art. IV. Lebrun, livre IV, chap. II, sect. I. nº 5.

de le nier, malgré la mauvaise rédaction des articles qui concernent le payement des dettes et la contribution. La section III commence par régler la contribution : aux termes de l'article 870, « les cohéritiers *contribuent* entre eux au payement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend, » c'est-à-dire de sa part héréditaire. Ce que le code dit des *héritiers* s'applique aussi aux successeurs universels qui concourent avec eux : sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. La seule difficulté est de savoir s'il y a une différence entre la contribution et le payement, ou, comme on dit, entre la part contributoire et la part obligatoire, pour laquelle les héritiers sont tenus à l'égard des créanciers. Eh bien, l'article 873 établit cette distinction : « Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout : sauf leur recours, soit contre leurs cohéritiers, *soit contre les légataires universels,* à raison de la part pour laquelle ils doivent y *contribuer.* » Il y a des négligences de rédaction dans cet article, comme dans tous ceux qui sont relatifs au payement des dettes. Néanmoins la distinction que l'on faisait dans l'ancien droit entre la contribution aux dettes en proportion de la part des héritiers en concours avec d'autres successeurs, et le payement des dettes, dont les héritiers étaient tenus à proportion de leur part virile, malgré le concours de légataires ou de donataires, est clairement reproduite par l'article 873. Cet article suppose le concours d'héritiers légitimes et de légataires, puisqu'il donne un recours aux héritiers contre les légataires ; le recours a pour objet de déterminer la part contributoire des légataires et par conséquent des héritiers ; il implique que les héritiers ont dû payer au delà de leur part contributoire, sinon il ne pourrait être question d'un recours. Donc la part obligatoire n'est pas, dans l'espèce, la part contributoire. Quelle est donc la part obligatoire ? La loi le dit, mais en s'exprimant mal, c'est la part et portion virile, c'est-à-dire la part héréditaire, comme nous allons le dire en traitant du payement des dettes.

63. Comment, dans quelle proportion, les héritiers sont-ils tenus des dettes à l'égard des créanciers? Le code contient à cet égard plusieurs dispositions dont la rédaction laisse plus ou moins à désirer. Aux termes de l'article 873, les héritiers sont *tenus* des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion *virile*. Les mots *portion virile* signifient la part déterminée par le nombre des copartageants, de sorte qu'il se fait autant de parts égales que de personnes. Est-ce dans cette proportion que les héritiers sont tenus des dettes? Non certes. Si le père du défunt concourt avec le frère, chacun, d'après l'article 873, serait tenu de la moitié des dettes : c'est là leur *part virile*. Mais ce n'est pas leur part héréditaire, puisque le père prend le quart dans l'hérédité et le frère les trois quarts; et, en principe, les héritiers doivent être tenus à raison de leur part héréditaire, et non à raison de leur nombre. Pourquoi le législateur s'est-il servi de cette expression inexacte de *part virile?* L'inexactitude même a ici son importance, car elle vient de l'ancien droit, et elle témoigne par conséquent que les auteurs du code ont voulu consacrer le principe de l'ancien droit. Nous venons de dire que, dans l'ancienne jurisprudence, la part obligatoire différait de la part contributoire : c'est le principe que la loi maintient, mais elle a tort de le formuler comme on le faisait jadis. A raison du système particulier de succession que l'on suivait dans l'ancien droit, les créanciers pouvaient poursuivre chaque héritier pour sa part virile; aujourd'hui cette raison n'existe plus, rien n'est plus facile que de déterminer la part héréditaire de chaque successible, puisqu'elle est écrite dans la loi, et c'est la part héréditaire qui établit la proportion d'après laquelle sont tenus les héritiers à l'égard des créanciers. C'est ce que dit nettement l'article 1220. L'obligation susceptible de division se divise à l'égard des héritiers du débiteur comme à l'égard des héritiers du créancier et dans la même proportion : les héritiers du débiteur ne sont tenus de payer la dette que pour les parts dont ils sont tenus comme représentant le débiteur, c'est-à-dire, comme l'explique l'article 1220, pour la part dont ils sont saisis.

En même temps qu'il pose le principe, l'article 1220 nous en donne la raison; quand il y a plusieurs héritiers, chacun ne représente le défunt que partiellement, il ne peut donc être tenu des dettes que pour une part. Laquelle? Celle pour laquelle il est saisi, c'est-à-dire sa part héréditaire. Cela est aussi fondé en raison. L'obligation doit correspondre au droit; or chacun des héritiers prend dans l'actif de la succession une part fixée par la loi, portion héréditaire dont la loi le saisit; il est juste qu'il soit tenu de la même portion dans les dettes (1).

64. Quand il n'y a que des héritiers légitimes, le principe de la division des dettes reçoit son application sans difficulté aucune. La loi n'a aucun égard au mode d'acceptation des héritiers; qu'ils acceptent sous bénéfice d'inventaire ou purement et simplement, peu importe, cela ne change rien à la proportion selon laquelle ils sont tenus des dettes. Grande sera la différence quant à l'étendue de leur obligation : l'héritier bénéficiaire, tenu du quart des dettes parce qu'il est saisi du quart de l'hérédité, pourra être poursuivi par chaque créancier pour un quart, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il prend dans l'hérédité; tandis que l'héritier pur et simple, également appelé au quart, sera tenu de sa part dans les dettes indéfiniment. Mais le mode d'acceptation ne change rien à la part dont chaque héritier est saisi, il ne peut donc modifier la part dont il est tenu dans les dettes (2).

Le principe de la division des dettes s'applique alors même que le partage se fait par souche. Pothier en a fait la remarque : les héritiers de la même souche ne sont pas tenus conjointement des dettes dans la proportion de la part que la souche entière recueille; chaque héritier en est tenu séparément dans la proportion de la part qu'il est appelé à recueillir. Il en peut résulter un morcellement excessif des dettes, mais telle est la conséquence logique du principe; le droit héréditaire est un droit individuel; lorsque plusieurs enfants succèdent par représentation, ils

(1) Duranton, t. VII, p. 614, n° 426. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 426, note 1. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 520, n[os] 749, 751.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 185.

ne sont héritiers chacun que pour la part qu'ils ont dans le droit héréditaire de celui qu'ils représentent, ils ne peuvent donc être tenus des dettes que pour cette part (1). Le même inconvénient se présente quand le successible meurt et transmet son droit héréditaire à ses propres héritiers ; ceux-ci ne sont tenus chacun que pour la portion qu'ils prennent dans la succession de celui qui leur transmet l'hérédité ; de sorte que si celui-ci était tenu de la moitié des dettes et qu'il laisse six héritiers, chacun d'eux ne serait tenu que du douzième des dettes, parce qu'il ne serait appelé qu'au douzième de l'hérédité (2).

On peut prévenir l'inconvénient du morcellement, d'abord en stipulant dans le contrat que l'un des héritiers sera tenu seul de payer la dette. C'est l'un des cas dans lesquels le payement est indivisible (art. 1221, n° 4) ; le créancier a le droit de poursuivre pour le tout l'héritier seul chargé de la dette, sauf le recours de celui-ci contre ses cohéritiers ; le créancier peut aussi renoncer à ce droit, puisqu'il n'est établi qu'en sa faveur, et poursuivre chacun des héritiers pour sa part ; car malgré la stipulation, la dette se divise : c'est une conséquence nécessaire du principe formulé par l'article 1220. Les copartageants peuvent aussi convenir que l'un d'eux payera telle dette pour le tout, et l'autre une autre dette. Cette convention n'oblige pas les créanciers, ils ne peuvent pas être obligés en vertu d'une convention à laquelle ils sont restés étrangers ; mais ils en peuvent profiter, comme exerçant les droits de leur débiteur, en vertu de l'article 1166. Il y a sous ce rapport une différence entre la division des créances et la division des dettes : les créances, quoique divisées en vertu de l'article 1220, sont comprises dans le partage, et par suite l'héritier au lot duquel on met une créance est censé en avoir toujours eu la propriété exclusive, même à l'égard du débiteur ; tandis que la loi ne dit pas que les dettes sont comprises dans le partage, et il n'y a pas, quant au partage des dettes, un principe analogue à celui de l'article 883 sur le partage des droits. On conçoit la raison de la différence ;

(1) Pothier, *Des successions,* chap. V, art. III, § II.
(2) Chabot, t. II, p. 588, n° 24 de l'article 873.

le partage des créances, qui déroge à l'article 1220, est favorable au débiteur puisqu'il lui permet de payer sa dette à l'un des cohéritiers, au lieu d'être soumis à autant d'actions qu'il y a d'héritiers, tandis que le partage des dettes pourrait compromettre les droits du créancier, en lui donnant pour débiteur unique un héritier insolvable(1).

L'insolvabilité de l'un des héritiers ne change rien à la division des dettes; c'est un des inconvénients que présente le principe de l'article 1220. Rien de plus logique en droit : chacun des héritiers est débiteur pour sa part; or, l'insolvabilité d'un cohéritier ne fait pas que les autres deviennent héritiers pour plus que leur part, donc ils ne peuvent toujours être tenus des dettes que dans cette proportion (2). Vainement le créancier dirait-il qu'ayant traité avec un débiteur solvable, il est injuste qu'il perde une partie de sa créance par l'insolvabilité d'un héritier; il devait s'attendre à la mort de son débiteur et stipuler des garanties. La loi lui en accorde encore une qui vient en aide à son imprévoyance : si la succession est solvable, tandis que les héritiers sont insolvables, les créanciers peuvent demander la séparation des patrimoines et s'assurer par là le gage qu'ils avaient sur les biens du défunt.

Le principe de la division des dettes a encore une autre conséquence, et celle-ci est favorable au créancier. S'il est héritier, la confusion n'éteindra sa créance que pour la part dont il est tenu dans les dettes : il peut donc réclamer contre ses cohéritiers la part que ceux-ci y doivent supporter. Cela est élémentaire.

65. Les héritiers restent-ils tenus, à l'égard des créanciers, de la part dont ils sont saisis, alors qu'ils sont en concours avec des successeurs universels non saisis? Une première difficulté se présente : les créanciers ont-ils une action directe contre tous les successeurs universels, à raison de la part que chacun d'eux prend dans l'hérédité? L'affirmative ne souffre guère de doute quant au principe. Dans les successions *ab intestat*, le concours n'existe que

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 487, note 8 du § 635. Duranton, t. VII, p. 616, nos 428 et 429.
(2) Pothier, *Des obligations*, part. II, chap. IV, sect. II, art. II, § II.

pour les enfants naturels et les successeurs anomaux. Quant aux enfants naturels, il n'y a pas de texte; il faut donc décider la question d'après le principe qui oblige tout successeur universel à payer les dettes, dans la proportion de la part qu'il prend dans les biens. Il n'y a aucune difficulté à appliquer ce principe aux enfants naturels, puisque leur part héréditaire est déterminée par la loi. Il n'en est pas de même de ceux qui recueillent les biens donnés, à titre de retrait successoral. Tout ici est matière à controverse. La loi n'impose qu'à l'adoptant l'obligation de *contribuer* au payement des dettes (art. 351); elle ne dit rien des dettes en ce qui concerne l'ascendant donateur (art. 747), et les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel (art. 766). On admet cependant que tous ces successeurs doivent *contribuer* aux dettes. Est-ce à dire qu'ils en soient tenus à l'égard des créanciers? Sur ce point, il règne une incertitude extrême : les uns disent qu'ils ne peuvent pas être poursuivis par les créanciers (1) : d'autres enseignent qu'ils ne peuvent être actionnés qu'après que leur part contributoire dans les dettes aura été réglée (2): enfin il y en a qui pensent qu'ils peuvent être poursuivis pour leur part virile (3). Nous écartons cette dernière opinion, réminiscence de l'ancien droit, qui n'a aucun appui dans nos textes ni dans les principes : disposition tout à fait arbitraire qui ne pourrait émaner que du législateur. La difficulté de principe consiste à savoir si les successeurs spéciaux peuvent être poursuivis par les créanciers. Les textes laissent du doute : l'article 351 parle de *contribution,* et cette expression ne concerne que les rapports des cosuccesseurs entre eux. On conçoit d'ailleurs que la loi n'ait pas soumis les successeurs anomaux à la poursuite des créanciers. Pour que les créanciers poursuivent, il faut qu'ils connaissent la part héréditaire de ceux qu'ils actionnent; or, les successeurs spéciaux ne succèdent pas pour une quotité, ils succèdent à certains biens; on ne

(1) Toullier, t. II, 2, p. 353, n° 554.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 512, n° 752.
(3) Demante, t. III, p. 325, n° 209 *bis* III; Valette (Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 184); Demolombe, t. XVII, p. 56, n° 43.

connaît donc la part pour laquelle ils doivent contribuer aux dettes que lorsque la succession est liquidée; jusque-là, l'action des créanciers est impossible. Dira-t-on qu'à partir de ce moment ils pourront agir? Cela est très-arbitraire, et demanderait une disposition de la loi. Il nous semble donc que les créanciers sont sans action, parce que la loi n'en organise pas.

Pour les légataires, il se présente une difficulté analogue. Ceux qui sont appelés à recueillir les immeubles, ou les meubles, ou une quotité de ces biens, peuvent-ils être poursuivis par les créanciers? et pour quelle part? Les usufruitiers universels ou à titre universel sont-ils tenus à l'égard des créanciers, ou contribuent-ils seulement aux dettes à l'égard des autres successeurs? Nous ajournons ces questions au titre des *Donations*. Quand les légataires recueillent une quotité de la succession, il n'y a plus de doute : c'est le cas que nous allons supposer en examinant la question si controversée de l'obligation qui incombe aux héritiers légitimes quand ils concourent avec des successeurs non saisis.

66. Il nous semble que la question est décidée par le texte du code. L'article 1220 pose le principe que les héritiers sont tenus de payer les dettes *pour les parts dont ils sont saisis*. Or, de quelle part sont-ils saisis quand ils concourent avec des successeurs auxquels la loi n'accorde pas la saisine? La question implique la réponse. Ils sont saisis de leur part héréditaire, abstraction faite du concours des successeurs non saisis. Représentant le défunt pour le tout, ils doivent aussi être tenus des dettes pour le tout. Ce qui confirme cette interprétation, c'est qu'il en était ainsi dans l'ancien droit, et l'article 873 prouve que les auteurs du code ont entendu suivre l'ancien droit; ils l'ont même suivi trop à la lettre, en reproduisant la formule de l'ancien droit, comme nous en avons fait la remarque (n° 64) (1). On objecte que le code a dérogé au droit coutumier, d'après lequel *institution d'héritier n'avait*

(1) Duranton, t. VII, p. 623, n° 435; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 492, note 5 du § 635 *bis*, et les auteurs qui y sont cités.

lieu, en admettant que le défunt peut instituer un héritier, et on en conclut que les héritiers testamentaires doivent être entièrement assimilés aux héritiers légitimes (1). Cela n'est pas exact, car la loi maintient entre eux une différence essentielle ; les uns sont saisis, les autres ne le sont pas, sauf le légataire universel quand il concourt avec des héritiers non réservataires ; or, c'est la saisine qui est décisive dans notre question, puisque l'obligation de payer toutes les dettes est imposée à ceux qui sont saisis (art. 724). D'ailleurs l'objection n'a aucune autorité pour les successions *ab intestat* : qu'importe le système du code en ce qui concerne les légataires, alors qu'il s'agit du concours des enfants naturels et des successeurs anomaux? La loi, dit-on, donne aux créanciers une action directe contre les successeurs non saisis (art. 1009 et 1012), et l'on demande à quoi bon leur donner une action pour le tout contre les héritiers, sauf à ceux-ci à exercer une action récursoire contre leurs cosuccesseurs? Notre réponse est toujours dans le texte de la loi ; il ne s'agit pas de savoir quel est le meilleur système, il s'agit de savoir quel est le système que le code a consacré : c'est celui de la tradition coutumière. Est-ce à tort ou à raison? Cela regarde le législateur. Nous avouons volontiers que si nous avions à faire la loi, nous donnerions la préférence à la doctrine que nous combattons au point de vue des textes. Le code a attaché trop d'importance à la saisine : ce n'est, en définitive, qu'une mesure de conservation. La loi investit de la possession ceux qui ont le plus grand intérêt à conserver les biens : qu'est-ce que cela a de commun avec le payement des dettes? C'est au principe de la succession universelle que l'on aurait dû s'en tenir : tous les successeurs universels ayant les mêmes droits quant à l'actif devraient avoir les mêmes obligations quant au passif. Tel est le système de la cour de cassation ; nous l'admettons en théorie, mais nous sommes obligé de le combattre au point de vue des principes que le code a consacrés (2). Au titre des *Dona-*

(1) Toullier, t. II, 2, p. 333, nos 518-522. Comparez Demolombe, t. XVII, p. 42, n° 38, et les autorités qu'il cite.
(2) Cassation, 13 août 1851 (Dalloz, 1851, 1, 281). Bordeaux, 12 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 2, 167).

tions, nous reviendrons sur le système de M. Demolombe : tout successeur à titre universel est tenu, d'après lui, des dettes *ultra vires*. Cette doctrine radicale met fin, il est vrai, à toutes les distinctions que nous venons de faire : mais où est-elle écrite? Il n'y a qu'un seul article dans le code qui parle de l'obligation indéfinie de payer les dettes, c'est l'article 724, et cet article consacre la doctrine traditionnelle qui limite l'obligation indéfinie aux héritiers saisis. Cela décide la question.

II. *Exceptions à la règle.*

67. La division des dettes suppose, comme le dit l'article 1220, que l'obligation est susceptible de division. Or, il y a des obligations qui sont indivisibles, soit par leur objet (art. 1217), soit par la volonté des parties contractantes (art. 1218). L'effet de l'obligation indivisible est que les héritiers du débiteur en sont tenus pour le total ; elle ne se divise pas entre eux, parce qu'elle n'est pas susceptible de division (art. 1223). Pothier admet encore une autre espèce d'indivisibilité, qu'il appelle indivisibilité de payement. Le code reproduit sa doctrine dans l'article 1221. Il y a des cas dans lesquels les héritiers du débiteur peuvent être tenus de payer la dette pour le tout, soit tous, soit l'un d'eux. Nous renvoyons au titre des *Obligations* tout ce qui concerne la matière de l'indivisibilité. Ici nous n'avons à nous occuper que de l'exception que reçoit le principe de la division des dettes, lorsqu'une dette est garantie par une hypothèque.

68. Aux termes de l'article 873, les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, et *hypothécairement pour le tout*. Est-ce à dire que les héritiers soient tenus hypothécairement en vertu de la loi? En d'autres termes, y a-t-il une hypothèque légale pour les dettes, comme il y a une hypothèque légale pour les legs? La négative est certaine, malgré la mauvaise rédaction de la loi. L'article 1017, après avoir dit que les héritiers du testateur sont personnellement tenus d'acquitter les legs, chacun au pro-

rata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession, ajoute : « Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs. » Voilà, dans l'opinion généralement admise, une hypothèque existant en vertu de la loi au profit des légataires. Au premier abord, on serait tenté de croire que l'article 873 établit aussi une hypothèque au profit des créanciers, en disant que les héritiers sont tenus des dettes, personnellement pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout. Cependant l'opinion unanime des interprètes est que l'article 873 n'établit pas d'hypothèque légale ; il ne fait que reproduire une disposition des coutumes de Paris et d'Orléans, laquelle était ainsi conçue : « Toutefois si les héritiers sont détenteurs d'héritages qui aient appartenu au défunt, *lesquels aient été obligés et hypothéqués à la dette par ledit défunt*, chacun des héritiers est tenu de payer le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers. » Ces mots de l'article 873, et *hypothécairement pour le tout*, veulent donc dire : *si hypothèque il y a*. Il était certes inutile de le dire, puisque ce n'est que l'application des principes qui régissent les droits du créancier hypothécaire. C'est une de ces négligences de rédaction, comme il y en a tant dans la section du payement des dettes; mais la comparaison des coutumes et du code ne laisse aucun doute sur la pensée du législateur : il n'a pas entendu déroger à l'ancien droit, il a voulu, au contraire, le consacrer (1).

69. Pour que l'article 873 soit applicable, il faut donc supposer que la dette est garantie par une hypothèque, d'après le droit commun. C'est encore le droit commun qui régit les droits du créancier hypothécaire, et ce que l'on appelle improprement les obligations de l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué ; à vrai dire, il n'y a aucune exception au principe de la division des dettes ; l'article 1221, n° 1, est inexact, aussi bien que l'article 873.

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 519, n° 747. Demolombe, t. XVII, p. 21, n° 21. Caen, 14 février 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1300).

Il y a, on le suppose, une dette personnelle du défunt garantie par une hypothèque; l'immeuble est mis au lot de l'un des héritiers. Quelle est sa position? La dette se divise comme toutes les dettes du défunt : chacun des héritiers, y compris l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué, en est tenu personnellement pour sa part héréditaire, tout comme si la dette n'était pas hypothéquée. Quant à celui des héritiers qui détient l'immeuble hypothéqué, il est tenu de la dette hypothécairement pour le tout. Cela veut-il dire qu'il y ait une obligation à sa charge, comme semble le dire le mot *tenu?* est-il obligé, comme détenteur de l'immeuble hypothéqué, de payer toute la dette? Il n'est, au contraire, obligé à rien du tout en sa qualité de détenteur; il subit l'expropriation si le créancier agit contre lui : voilà à quoi il est tenu, et il n'est tenu qu'à cela comme détenteur. Comme héritier, il est obligé personnellement de payer sa part héréditaire dans la dette : comme détenteur de l'immeuble hypothéqué, il n'a aucune obligation, sinon de laisser faire, c'est-à-dire de se laisser exproprier. Mais il peut prévenir l'expropriation en désintéressant le créancier, c'est-à-dire en payant toute la dette (1).

70. Telle est la position de l'héritier détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette. Nous citerons, à ce sujet, une étrange inexactitude de rédaction dans un arrêt de la cour de cassation : la cour décide que l'héritier ne peut plus être poursuivi hypothécairement quand il cesse d'être détenteur de l'immeuble, ce qui est clair comme le jour; tant qu'il est détenteur, ajoute l'arrêt, il est tenu solidairement (2). L'erreur est évidente : peut-il être question de solidarité, alors qu'il n'y a pas d'obligation personnelle? Les auteurs, de leur côté, enseignent une doctrine que nous croyons également erronée. Il s'agit de savoir si l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué est un tiers détenteur. Tant qu'il n'a pas payé sa part dans la dette, il est débiteur personnel, et un débiteur personnel n'est

(1) Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 519, n° 747, et Demolombe, t. XVII, p. 82, n° 67.
(2) Rejet du 26 vendémiaire an XI (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1363)

certes pas un tiers quant à la dette; peu importe qu'il ne soit pas tenu personnellement de la part de ses cohéritiers dans la dette, il n'en est pas moins vrai qu'il est obligé par un lien personnel à payer la dette, ce qui exclut toute idée de tiers détenteur. Mais s'il paye sa part dans la dette, il cesse d'être débiteur, sa dette est éteinte, il n'est plus que détenteur d'un immeuble hypothéqué, il est donc tiers détenteur; partant il doit jouir de tous les droits que la loi accorde au tiers détenteur. La plupart des auteurs nient qu'il soit tiers détenteur, et néanmoins ils lui accordent quelques-uns des droits que la loi donne au tiers détenteur, et ils lui refusent les autres (1). Cela est très-illogique; il a tous les droits d'un tiers détenteur, ou il n'en a aucun. Peut-il délaisser? Oui, dit-on (2); cependant le code dispose (art. 2172) que pour délaisser il faut être tiers détenteur. Peut-il purger? a-t-il le bénéfice de discussion? Non, dit-on, parce qu'il est héritier; nous répondons qu'il n'est plus tenu comme héritier, puisqu'il a payé sa part dans la dette (3). Comment la qualité de débiteur personnel subsisterait-elle, alors qu'il n'y a plus de dette? Et si l'héritier n'est plus débiteur personnel, il devient par cela même tiers détenteur.

III. *Cas de l'article 872.*

71. L'article 872 suppose que parmi les dettes de la succession il se trouve une rente garantie par une hypothèque. Chacun des héritiers peut exiger que la rente soit remboursée avant que l'on procède à la formation des lots. Ils peuvent aussi charger l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué du service de la rente, en déduisant le capital du prix de l'immeuble. Le motif de cette disposition est d'éviter les actions récursoires auxquelles le paye-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 498 et note 15 du § 636 Rejet, 19 juillet 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1368).

(2) Chabot, t. II, p. 583, n° 15 de l'article 873; Zachariæ, t. IV, p. 499, note 17 du § 636; Demolombe, t. XVII, p. 88, n° 75.

(3) Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, nos 390, 798 et 903 *bis*; Chabot, t. II, p. 583, n° 15 de l'article 873. En sens contraire, Demolombe, t. XVII, p. 89, n° 75.

ment de la rente donnerait lieu, si on la laissait sous l'empire du droit commun. Le créancier s'adresserait naturellement au détenteur de l'immeuble hypothéqué pour réclamer le payement des arrérages, parce que celui-ci a intérêt à payer l'intégralité de la dette afin d'éviter l'expropriation. Après avoir payé, l'héritier aurait son recours contre ses cohéritiers; ces recours pourraient avoir lieu aussi souvent que les arrérages échoient, c'est-à-dire plusieurs fois par an. L'article 872 donne aux héritiers un moyen de les éviter.

72. Chacun des héritiers, dit l'article 872, peut exiger que les rentes soient remboursées et les immeubles rendus libres avant qu'il soit procédé à la formation des lots. A s'en tenir au texte de la loi, cette faculté n'appartiendrait aux héritiers que lorsque les immeubles de la succession sont grevés de rentes *par hypothèque spéciale;* les héritiers n'auraient donc pas le droit de demander le remboursement si la rente était garantie par une hypothèque qui grèverait tous les immeubles de l'hérédité. Tel n'est pas le sens de la loi. Il est certain qu'il n'y a aucune raison pour limiter la disposition au cas où l'hypothèque est spéciale, les inconvénients que le législateur a voulu prévenir étant les mêmes dans l'une et l'autre hypothèse. Quant à la rédaction de la loi, elle est inexacte; cela résulte à l'évidence des travaux préparatoires. Le projet soumis aux délibérations du conseil d'Etat ne donnait pas aux héritiers le droit d'exiger le remboursement de la rente; il contenait seulement la seconde disposition de l'article 872, laquelle, comme nous le dirons plus loin, suppose en effet, ainsi que le disait le projet, qu'un immeuble de la succession est grevé d'une rente par hypothèque spéciale. Lors de la discussion, Tronchet proposa de donner aux héritiers la faculté d'exiger le remboursement du capital, et loin de limiter ce droit au cas d'une hypothèque spéciale, il remarqua qu'une rente pouvait être hypothéquée sur plusieurs immeubles répartis entre différents lots. L'amendement de Tronchet fut adopté. Par suite, il aurait fallu refondre le texte primitif; la section de législation se borna à intercaler cette phrase : *chacun*

des cohéritiers, etc., en conservant le commencement de l'article qui supposait une hypothèque *spéciale*. Elle ajouta néanmoins, et *les immeubles rendus libres*, ce qui implique une hypothèque générale. C'était une nouvelle négligence de rédaction à ajouter à tant d'autres. Mais il ne saurait y avoir de doute sur le sens de la loi; on est d'accord sur ce point, sauf quelques dissidences qui sont restées isolées (1).

73. L'article 872 dit que chacun des héritiers *peut* exiger que la rente soit remboursée. C'est une faculté qu'elle leur accorde, et dont ils sont libres de ne pas user; les vieilles rentes étant d'ordinaire constituées à un taux très-bas, ils sont intéressés à servir les arrérages, au lieu de rembourser le capital; d'ailleurs les rentes peuvent n'être pas remboursables, si le créancier a stipulé que le rachat ne pourra avoir lieu qu'après un certain temps (art. 530 et 1911). En vue de cette hypothèse, la loi ajoute : « L'immeuble grevé doit être estimé au même taux que les autres immeubles; il est fait déduction du capital de la rente sur le prix total; l'héritier dans le lot duquel tombe cet immeuble demeure seul chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers. » Cette seconde partie de l'article 872 est conçue en termes impératifs : Chabot en conclut que les héritiers ne pourraient pas convenir que le service de la rente restera indivis. Est-ce bien là l'intention du législateur? Les héritiers peuvent régler leurs intérêts comme ils l'entendent; or, ce n'est que dans leur intérêt que la loi indique un moyen d'éviter les actions récursoires auxquelles donne lieu le payement des rentes hypothécaires; libre à eux de renoncer à ce qui est établi en leur faveur (2).

La seconde disposition de l'article 872 ne reçoit d'application que lorsque l'hypothèque est spéciale, pour mieux dire, quand elle ne porte que sur un immeuble, car elle

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 516, n° 746. Demolombe, t. XVII, p. 102, n° 88. Comparez les autorités citées par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1380.

(2) C'est l'opinion générale (Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 567, note 2).

serait encore spéciale si elle grevait spécialement tous les immeubles. Dans ce dernier cas, la disposition devient inapplicable, puisque le créancier conserverait son action pour le tout contre chaque héritier détenteur d'un immeuble hypothéqué à la rente. Lorsqu'il n'y a qu'un seul immeuble grevé d'hypothèque, celui des héritiers au lot duquel il est mis demeure seul chargé du service de la rente, aux termes de la loi, bien entendu à l'égard de ses cohéritiers, mais la convention intervenue entre eux ne peut pas enlever au créancier le droit de poursuivre ses débiteurs; or, les héritiers sont débiteurs, et ils le restent quand même ils prennent l'arrangement que la loi leur conseille. Aussi l'article 872 ajoute-t-il que l'héritier seul chargé du service de la rente en doit garantir ses cohéritiers. Ce qui suppose que le créancier les poursuit (1)

74. L'article 872 parle des rentes en général; il paraît donc s'appliquer aux rentes viagères comme aux rentes perpétuelles. Cependant l'opinion unanime des auteurs est que les rentes viagères font exception. Il est vrai qu'il n'y a pas d'exception sans texte; mais ici l'exception résulte de la règle. L'article 872 suppose des rentes dont le capital est remboursable, ou du moins qui ont un capital que l'on puisse déduire de la valeur de l'immeuble hypothéqué; or, les rentes viagères n'ont pas de capital; donc l'article 872 devient inapplicable. Le texte de la loi ne s'applique pas davantage aux créances à terme. Sur ce dernier point, il y a quelques dissidences; mais on n'en peut tenir aucun compte, puisque la loi est formelle. Si les héritiers s'entendent, ils peuvent faire ce qu'ils veulent; mais pour que l'un d'eux puisse imposer sa volonté aux autres, il faut un texte, et l'article 872 ne parle que des rentes. Les motifs d'ailleurs pour lesquels la loi déroge au droit commun, quand il s'agit de rentes perpétuelles, n'existent pas au même degré pour les rentes viagères, et encore moins pour les créances exigibles (2).

(1) Il n'y a aucun doute sur tous ces points; il est donc inutile de citer des autorités.

(2) Zachariæ, t. IV, p. 503 et note 27 du § 636, et Demolombe, t. XVII, p. 109, n° 95, et les autorités qu'ils citent.

On demande s'il faut faire exception à l'article 872 dans le cas où le créancier de la rente se trouverait être l'un des héritiers. Il a été jugé que l'article 872 reste applicable. Si l'héritier est en même temps créancier, il réunit deux qualités en sa personne; il a par conséquent les droits qui sont attachés à l'une et à l'autre; il peut donc, comme héritier, user de la faculté que la loi accorde à chacun des héritiers. La décision de la cour de Caen, bien qu'elle ait été critiquée, nous paraît très-juridique (1).

IV. *De la poursuite des créanciers.*

75. L'article 877 porte que « les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement. » C'est une dérogation à l'ancien droit. Dans les pays coutumiers, le titre authentique souscrit par le défunt, et qui était exécutoire contre lui, n'était pas exécutoire de plein droit contre les héritiers; ceux-ci ne pouvaient être contraints à l'exécution qu'en vertu d'un jugement qui déclarait le titre exécutoire contre eux. Le Tribunat proposa de déclarer les titres exécutoires de plein droit. A quoi servait la formalité d'un jugement? A multiplier les frais en pure perte, et à donner aux débiteurs de mauvaise foi le moyen de différer le payement de leurs dettes. D'ailleurs la formalité d'un jugement est en opposition avec le principe de la saisine : l'héritier continuant la personne du défunt, doit être tenu à l'exécution des titres authentiques comme le défunt y était tenu. Seulement l'équité exige que le créancier donne connaissance de ses titres à l'héritier, puisque celui-ci peut très-bien les ignorer (2). C'est ce que dit l'article 877 : « Néanmoins les créanciers n'en pourront poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier. » On demande si la signification est nécessaire lorsque l'héritier avait connaissance des titres. La question est controver-

(1) Caen, 21 avril 1812 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1380). En sens contraire, Vazeille, t. I, p. 449, n° 8 de l'article 872.
(2) Observations du Tribunat, n° 30 (Locré, t. V, p. 86).

sée. Pour la négative, on invoque le principe qu'en procédure rien ne peut suppléer aux formes exigées pour rendre un acte exécutoire. La connaissance que le débiteur a certainement du titre souscrit par lui ne dispense pas le créancier d'exercer ses poursuites en vertu d'une grosse exécutoire et en observant les délais prescrits par la loi. Or, l'article 877 veut que la signification précède de huit jours les mesures d'exécution; le calcul de ces huit jours suppose un point de départ fixe; comment calculerait-on, en se fondant sur un fait aussi vague que celui de la connaissance qu'avait l'héritier du titre que l'on exécute contre lui (1)? La jurisprudence tend cependant vers l'opinion contraire. Il peut, en effet, se présenter des circonstances où la formalité de la signification serait frustratoire (2). Mais n'en est-il pas de même de toute espèce de formes? Cela n'empêche pas qu'on doive les observer.

La signification peut-elle être faite immédiatement après le décès et pendant les délais donnés au successible pour faire inventaire et délibérer? Les créanciers peuvent-ils procéder à l'exécution pendant ces délais? Nous avons déjà examiné ces questions (3).

76. L'article 877 reçoit-il son application lorsque les successibles sont de simples successeurs aux biens? Si l'on admet que les successeurs aux biens représentent le défunt aussi bien que les héritiers, il n'y a plus de question : tous les successeurs sont sur la même ligne (4). Nous n'admettons ni le principe ni la conséquence. Dans l'opinion générale, la question est controversée, et il y a quelque doute. Le créancier ne se trouve pas en face d'un représentant du défunt, il est en face de biens; peut-il agir contre le détenteur de ces biens en vertu d'un jugement ou d'un acte authentique? Le titre s'adresse à la personne, et les biens ne sont tenus qu'accessoirement. Or, avec la

(1) Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 614, note 2.
(2) Conflans, *Esprit de la jurisprudence*, art. 877, 1°. Il faut ajouter un arrêt de Limoges du 29 avril 1869 (Dalloz, 1869, 2, 214). Comparez Demolombe, t. XVII, p. 68, n° 53.
(3) Voyez le tome IX de mes *Principes*, n° 275, p. 331.
(4) Demolombe, t. XVII, p. 74, n° 60.

mort du débiteur, la personne contre laquelle le créancier avait agi et pouvait exécuter son titre disparaît. Donc, d'après la rigueur des principes, il doit obtenir un jugement qui soumette le nouveau débiteur à l'exécution (1).

N° 3. DE LA CONTRIBUTION AUX DETTES.

I. *Principe.*

77. L'article 870 porte que « les cohéritiers *contribuent* entre eux au payement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y *prend*. » Cette dernière expression n'est pas exacte. Une personne meurt laissant trois enfants, une fortune de 80,000 fr.; elle fait un legs par préciput de 20,000 francs à l'un des enfants; celui-ci *prend* donc 40,000 francs dans la succession, c'est-à-dire la moitié des biens : s'il devait contribuer à raison de ce qu'il *prend*, on devrait dire qu'il doit supporter la moitié des dettes. Mais en interprétant ainsi l'article 870, on le met en opposition avec l'article 871, le légataire particulier n'est pas tenu des dettes et charges; or, dans l'espèce, le successible est tout ensemble héritier et légataire; comme légataire de 20,000 francs, il ne contribue pas au payement des dettes, donc sa part contributoire est sa part héréditaire. Il faut donc entendre l'article 871 en ce sens que l'héritier contribue aux dettes dans la proportion de sa part héréditaire (2).

Les héritiers peuvent déroger au principe établi par l'article 870; ils peuvent faire entre eux tels arrangements qu'ils veulent en ce qui concerne les dettes. Quand il n'y a que des héritiers légitimes, ils *contribuent* dans la même proportion qu'ils sont *tenus* des dettes; c'est toujours dans la proportion de leur part héréditaire. Ils peuvent changer cette proportion; il va sans dire que ces conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (3).

(1) Valette (Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 194). En sens contraire, Demante, t. III, p. 340, n° 218 *bis* III, avec des distinctions.

(2) Chabot, t. II, p. 552, n° 2 et 3, et p. 554, n° 4 de l'article 870. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 182. Duranton, t. VII, p. 613, n° 425.

(3) Chabot, t. II, p. 554, n° 6 de l'article 870, et Belost-Jolimont, p. 555, note 2.

78. Le principe de la contribution reçoit son application aux successeurs non saisis aussi bien qu'aux héritiers légitimes : tous sont successeurs universels, tous doivent donc contribuer aux dettes dans la proportion de leur part héréditaire. L'article 871 le dit du légataire à titre universel : il contribue avec les héritiers au prorata de son *émolument*. Ce mot a donné lieu à une difficulté. Une personne décède laissant pour héritiers ses deux frères et un légataire du tiers des biens ; celui-ci est chargé d'un legs particulier de 10,000 francs ; il y a 60,000 francs de biens et 9,000 francs de dettes. En s'attachant au mot *émolument*, on peut dire et on a dit que le légataire ne prenant que 10,000 francs, son émolument est du cinquième des biens, d'où l'on conclut qu'il contribue aux dettes pour un cinquième. Cette interprétation doit être rejetée, parce qu'elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi. L'article 871 ne dit pas, comme on le lui fait dire, que le légataire contribue aux dettes *jusqu'à concurrence de son émolument*, ce qui signifierait qu'il faut calculer le profit qu'il retire de la succession. L'article 871 dit, *au prorata de son émolument*, ce qui est synonyme de l'expression employée dans l'article 870 : dans la proportion de ce qu'il y prend, donc pour un tiers s'il y prend un tiers. Au point de vue des principes, cela ne fait aucun doute. Il est certain que c'est dans cette proportion que les légataires peuvent être poursuivis par les créanciers : les articles 1009 et 1012 sont formels ; or, la part contributoire ne peut jamais dépasser la part obligatoire. S'agit-il d'un héritier, il représente le défunt dans la limite de son droit héréditaire ; c'est dans cette proportion qu'il doit supporter les dettes. Pour les successeurs aux biens, on peut faire un raisonnement analogue. Ils doivent contribuer aux dettes puisqu'ils sont successeurs universels. Dans quelle proportion ? Pour la part qu'ils prennent dans l'actif. Donc celui qui est appelé au tiers des biens, doit contribuer aux dettes pour un tiers. L'équité pourrait réclamer ; mais on ne l'écoute pas quand un héritier qui *prend* la moitié des biens ne contribue cependant aux dettes que pour un tiers, parce que dans cette moitié se trouve le legs du quart, à

raison duquel il ne doit pas contribuer (n° 77); on ne doit pas davantage écouter l'équité quand un légataire voit son émolument diminuer par une charge que le défunt lui a imposée. De quoi se plaindrait-il? le défunt n'était-il pas libre de lui donner ce qu'il veut? de diminuer son émolument, tout en le chargeant d'une part dans les dettes supérieure à son profit réel (1)?

79. La part pour laquelle les héritiers ou successeurs universels sont tenus à l'égard des créanciers, peut être plus forte que la part pour laquelle ils doivent contribuer aux dettes. Dans ce cas, la contribution doit rétablir l'égalité entre les cosuccesseurs, ce qui se fait en donnant une action récursoire à celui qui a payé une dette au delà de sa part contributoire. Ces recours donnent lieu à de nombreuses difficultés. Nous commençons par l'hypothèse qui est réglée par la loi.

II. *Des dettes hypothécaires.*

80. L'héritier ou le successeur universel est poursuivi comme détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette; il doit payer toute la dette, s'il veut éviter l'expropriation; alors même qu'il se laisserait exproprier, il payerait encore toute la dette, puisque le créancier serait payé intégralement sur le prix de l'immeuble qui appartient à l'héritier; c'est donc le prix de sa chose qui sert à désintéresser le créancier. Enfin, il en serait de même si l'héritier délaissait l'immeuble, car le délaissement est suivi de la vente forcée. Quel que soit donc le parti qu'il prenne, il paye directement ou indirectement la dette pour sûreté de laquelle l'immeuble est hypothéqué; donc il paye au delà de sa part dans la dette commune, s'il a des cohéritiers ou des cosuccesseurs; partant il doit avoir un recours. L'article 875 règle ce recours. « Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part dans la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre

(1) Voyez Demolombe, t. XVII, p. 83, n° 83, et les autorités qu'il cite.

universel, que pour la part que chacun doit personnellement en supporter. »

Constatons d'abord que, dans cette première hypothèse, il n'y a pas à distinguer entre les divers successeurs universels; qu'ils soient héritiers ou successeurs aux biens, peu importe; l'article 871 s'applique à l'enfaut naturel ou au légataire à titre universel aussi bien qu'à l'héritier légitime. Le texte est formel et les principes sont certains. Dès que le successeur est tenu des dettes personnellement tout ensemble et hypothécairement, l'article 875 est applicable, puisque, comme détenteur de l'immeuble, il paye une part plus forte dans la dette que celle dont il est tenu comme successeur universel; donc il doit avoir le recours tel que l'article 875 l'organise. Si le successeur n'était pas tenu personnellement, il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 875, puisqu'on ne pourrait plus dire que sa part obligatoire dépasse sa part contributoire, vu qu'il ne doit pas contribuer au payement : tel serait un légataire à titre particulier. Quelle serait donc la position d'un successeur non obligé à la dette et qui la payerait comme détenteur de l'immeuble hypothéqué? Elle serait régie par le droit commun, auquel l'article 875 déroge.

Le droit commun, en cette matière, est établi par l'article 1251, n° 4 : celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, a intérêt de l'acquitter, est subrogé de plein droit au créancier s'il paye la dette. Tel est le cas de tout détenteur d'un immeuble hypothéqué; il est tenu pour le débiteur personnel, en ce sens qu'il doit payer la dette directement ou indirectement, et il la paye pour le debiteur; il a d'ailleurs intérêt à la payer directement, puisque c'est le seul moyen d'éviter l'expropriation. En payant la dette, il est donc légalement subrogé aux droits du créancier. Qu'est-ce à dire? La subrogation met le subrogé au lieu et place du créancier, il exerce tous ses droits ; donc s'il y a un autre immeuble hypothéqué à la même dette, le subrogé a l'action hypothécaire contre le détenteur pour le tout, si personnellement il n'est pas obligé à en supporter une part, et déduction faite de cette part s'il est tenu personnellement. Tel

est le droit commun ; nous l'exposerons, avec ses difficultés qui sont grandes, au titre des *Obligations*.

L'article 875 déroge aux principes généraux qui régissent les effets de la subrogation, en ce sens que l'héritier ou successeur universel qui paye toute la dette ne peut pas demander le payement de la dette intégrale à celui de ses cosuccesseurs qui serait détenteur d'un immeuble hypothéqué à la même dette, il est obligé de diviser son recours, de manière que chacun de ses cosuccesseurs ne doit lui rembourser que sa part héréditaire dans la dette. Le créancier aurait eu une action pour le tout contre chaque détenteur de l'immeuble ; pourquoi le successeur qui lui est subrogé n'a-t-il pas le même droit ? Pothier en donne pour raison unique l'inconvénient des actions récursoires. L'inconvénient est réel. S'il y a quatre héritiers, chacun détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette, il y aurait quatre actions pour une dette de 20,000 francs : d'abord celle du créancier contre le premier héritier, qui payerait toute la dette, et demanderait ensuite le payement de 15,000 francs contre le second héritier ; celui-ci, tenu de payer les 15,000 francs, recourrait contre le troisième héritier, lequel devrait payer 10,000 francs et agirait enfin contre le quatrième héritier pour 5,000 francs. A quoi bon ces payements qui dépassent la part contributoire, puis ces actions récursoires, alors qu'en définitive chacun ne doit supporter dans la dette qu'un quart ? N'est-il pas plus simple de demander ce quart par une seule action aux trois cohéritiers de celui qui a dû payer toute la dette (1) ?

Il y aurait un intérêt pour les subrogés à procéder d'après le droit commun, si l'un des cohéritiers était insolvable et si la perte résultant de l'insolvabilité retombait sur celui qui paye au delà de sa part contributoire. Mais la perte qu'occasionne l'insolvabilité ne retombe pas sur celui qui a dû payer toute la dette, elle se répartit entre tous les héritiers solvables, dit l'article 876, au marc le franc, c'est-à-dire que chacun y supporte sa part dans

(1) Lebrun, *Traité des successions*, livre IV, chapitre II, sect. III, n° 20. Pothier, *Des successions*, chap. V, art. 4. Chabot, t. II, p. 603, nos 1 et 2 de l'article 875. Ducaurroy, Bonnier et Roustain t. II p. 524, n° 755.

la proportion de son droit héréditaire : ce qui est très-juste. Si l'hypothèque garantit le créancier contre l'insolvabilité de l'un des héritiers, cette insolvabilité ne doit pas nuire uniquement à l'héritier qui a dû payer toute la dette, c'est-à-dire faire une avance pour le compte de ses cohéritiers; la position de tous doit être égale, tous doivent donc supporter la perte qu'occasionne l'insolvabilité de l'un d'eux. Cela suppose que l'insolvabilité n'est pas imputable à celui qui a fait le payement intégral; s'il néglige de poursuivre son cohéritier encore solvable et qui dans la suite devient insolvable, il doit subir les conséquences de sa négligence (1).

Telle est la modification que l'article 875 apporte aux principes généraux de la subrogation. La loi ne prévoit que le cas de l'hypothèque, parce que c'est le plus ordinaire. Mais l'hypothèque n'est que l'un des cas dans lesquels un héritier du débiteur est tenu de payer la dette pour le tout; il en serait de même, pour identité de motifs, dans tous les cas d'indivisibilité de payement, et à plus forte raison, lorsque l'obligation est indivisible. Il y aurait subrogation en vertu de la loi (art. 1251, n° 4), mais les effets en seraient modifiés par l'article 875. On est dans le texte comme dans l'esprit de la loi : c'est un successeur universel qui paye au delà de sa part héréditaire, il doit payer le total, mais il a son recours; ce recours est réglé par l'article 875, de manière à éviter les actions récursoires. Il n'y a aucun doute sur ce point.

81. L'article 875 ajoute que le recours contre les cosuccesseurs est divisé, « même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers. » Il est de principe que la subrogation conventionnelle ne peut avoir des effets plus étendus que la subrogation légale. La subrogation que l'héritier stipule n'est autre chose que la subrogation que la loi lui accorde pour le dispenser de la stipuler. Dira-t-on qu'il est permis aux parties intéressées de déroger à la loi? Oui, à moins qu'il n'y ait un intérêt public en cause; or, le mo-

(1) Zachariæ, t. IV, p. 506, § 637. Chabot, t. II, p. 610, n° 1 de l'article 876.

tif que Pothier donne pour justifier le recours divisé qui appartient à l'héritier tient à l'intérêt général, puisqu'il a pour objet d'éviter des procès inutiles (1).

82. L'article 875 termine en faisant une réserve en faveur de l'héritier bénéficiaire : « Sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le payement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier. » Quel est le sens de cette réserve? Les termes dans lesquels elle est conçue impliquent que la disposition de l'article 875 ne s'applique pas à l'héritier bénéficiaire. Et quel est le cas prévu par la loi? C'est celui du recours qui appartient à l'héritier, détenteur d'un immeuble hypothéqué, quand, par l'effet de l'hypothèque, il a dû payer au delà de sa part héréditaire dans la dette. L'héritier pur et simple doit diviser son recours. Pourquoi? Parce que, comme représentant du défunt, il est tenu de sa part héréditaire dans la dette; tandis que l'héritier bénéficiaire n'est pas un débiteur personnel(2), il n'est tenu, en sa qualité d'héritier, que jusqu'à concurrence de son émolument; s'il paye au delà, il est sur la même ligne qu'un tiers détenteur, il doit donc avoir les mêmes droits, c'est-à-dire qu'il jouit du bénéfice de la subrogation, d'après le droit commun : il pourra poursuivre la totalité de ce qui lui est dû contre son cosuccesseur, détenteur d'un immeuble hypothéqué à la même dette.

Tel est le sens littéral de la réserve. Ne faut-il pas aller plus loin, et dire que l'héritier bénéficiaire qui aurait une créance, en son nom, contre le défunt, la peut poursuivre pour le tout contre le détenteur de l'immeuble hypothéqué? L'affirmative est certaine. Ce cas n'est pas celui que l'article 875 prévoit : dans cet article, on suppose que l'héritier paye une dette de la succession comme détenteur d'un immeuble hypothéqué; par suite de ce payement, il est subrogé aux droits du créancier, avec la modification qu'y apporte la loi. L'objet de l'article 875 est donc de

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 506, note 4 du § 637.
(2) C'est l'opinion commune. Voyez le tome X de mes *Principes*, nos 90 et 91, p. 119-122.

modifier les effets de la subrogation. Or, dans notre espèce, il ne s'agit plus de subrogation; l'héritier bénéficiaire exerce une créance à lui personnelle. Nous ne sommes donc pas dans le cas de l'article 875; par conséquent nous rentrons sous l'empire des principes généraux qui régissent les droits des créanciers hypothécaires.

Nous avons supposé un héritier bénéficiaire. Ne faut-il pas dire la même chose de l'héritier pur et simple? Ce point est controversé; à notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse. Il n'y a qu'une différence entre l'héritier pur et simple et l'héritier bénéficiaire quant aux créances qui leur appartiennent; c'est que la créance de l'héritier pur et simple s'éteint partiellement par la confusion, dans la limite de son droit héréditaire; tandis que l'héritier bénéficiaire conserve sa créance, déduction faite de la part qu'il doit supporter dans la dette à raison de son émolument. Cette différence ne concerne que le montant de la créance; reste à savoir comment ils exerceront leur droit. Il faut répondre pour l'un comme pour l'autre : d'après le droit commun. L'article 875 est hors de cause; nous venons de le démontrer pour l'héritier bénéficiaire, et ce que nous avons dit s'applique littéralement à l'héritier pur et simple. Ce qui a induit quelques interprètes en erreur, c'est la rédaction de l'article 875. La loi semble faire une exception en faveur de l'héritier bénéficiaire qui aurait une créance *personnelle* contre la succession; or, toute exception est de stricte interprétation. C'est mal raisonner, dans l'espèce. L'article 875 ne fait aucune exception en foveur de l'héritier bénéficiaire, il lui applique le droit commun; et pour prouver que le droit commun lui est applicable, il rappelle que l'héritier qui accepte sous bénéfice d'inventaire conserve ses droits contre la succession; la loi aurait dû ajouter, pour compléter sa pensée : soit qu'il paye une dette hypothécaire au delà de son émolument, soit qu'il exerce un droit qui lui est personnel. L'inexactitude de la rédaction ne peut pas être invoquée contre les principes, qui ne sont pas douteux (1). Ils ne

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 507 et note 6 du § 637; Chabot,

sont pas douteux d'après le code civil. Pothier enseignait le contraire; mais l'ancien droit a-t-il été reproduit par le législateur moderne? Voilà l'unique difficulté : question de texte et de principes. Il eût fallu un texte pour déroger aux principes généraux, et ce texte n'existe pas. Cela est décisif.

III. *Des dettes chirographaires.*

1. QUAND L'HÉRITIER EST FORCÉ DE LES PAYER.

83. Dans l'opinion que nous avons enseignée, les héritiers légitimes, en concours avec des successeurs non saisis, sont tenus, sur la poursuite des créanciers, de payer toute la dette, chacun dans la proportion de la part dont il est saisi (n° 66). Si l'on admet le principe, il en résulte nécessairement la conséquence que les héritiers ont un recours contre les successeurs qui doivent contribuer avec eux au payement des dettes. La loi ne prévoit pas cette hypothèse; il faut donc décider la question d'après les principes généraux de droit. Un premier point est certain, c'est que les héritiers sont subrogés au créancier; ils peuvent, en effet, invoquer l'article 1251, n° 3, d'après lequel la subrogation a lieu au profit de celui qui, étant tenu pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. Or, les héritiers sont tenus, dans l'espèce, à payer la dette pour les successeurs avec lesquels ils concourent; et ils sont poursuivis pour le tout par les créanciers, ils ont plus qu'intérêt d'acquitter la dette, puisqu'ils sont forcés de la payer. Contre qui sont-ils subrogés? Il est encore certain que la subrogation n'a pas lieu entre héritiers, elle n'a lieu que contre les successeurs non saisis. Il y a deux héritiers légitimes et deux légataires à titre universel, tous succèdent pour un quart, et il y a

t. II, p. 605, note 5 de l'article 873, et Belost-Jolimont, p. 608, note 1; Duranton, t. VII, p. 643, n° 449; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 434, note 7 et p. 432, note 3. En sens contraire, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 525, n° 755; Demante, t. III, p. 335, n° 216 *bis* II et III; Demolombe, t. XVII p. 96, n° 85.

une dette de 12,000 francs. Le créancier poursuit les deux héritiers; saisis chacun pour moitié, ils doivent acquitter toute la dette, donc chacun est tenu de payer 6,000 fr. Ils ne contribuent au payement de la dette que pour un quart, c'est-à-dire 3,000 francs; ils ont donc un recours pour 3,000 francs. Contre qui? Nous disons que chacun des héritiers n'a de recours que contre les légataires, qu'il n'en a pas contre son cohéritier. C'est la conséquence du principe sur lequel est fondée la subrogation. L'héritier est subrogé au créancier contre celui pour lequel il a payé au delà de sa part contributoire; or, il n'a rien payé à la décharge de son cohéritier, car comme héritier il a payé ce dont il était tenu à ce titre; il a payé 3,000 francs à la décharge des deux légataires, il a donc un recours contre eux. Comment ce recours s'exercera-t-il? Le créancier pouvait demander à chacun des légataires le quart de la dette, 3,000 francs; l'héritier a payé la moitié de ce quart à la décharge de chacun d'eux, il aura donc contre chacun un recours pour moitié des 3,000 francs, c'est-à-dire pour 1,500 francs. Il en sera de même du second héritier (1).

84. Si l'un des successeurs contre lesquels l'héritier exerce son action récursoire est insolvable, qui supportera la perte résultant de l'insolvabilité? Il faut appliquer par analogie la disposition de l'article 876. On objecte que cet article prévoit le cas d'une dette hypothécaire, tandis que, dans l'espèce, il s'agit d'une dette chirographaire; or, dit-on, le créancier qui poursuit une dette chirographaire contre les héritiers de son débiteur supporte la perte résultant de l'insolvabilité de l'un d'eux; il n'y a pas de garantie entre les divers héritiers, chacun n'étant tenu que de sa part et portion dans la dette. Et s'il en est ainsi du créancier, il en doit être de même des héritiers qui lui sont subrogés. On répond, et la réponse est péremptoire, que, dans l'espèce, les héritiers sont forcés de payer toute la dette, comme si elle était hypothécaire; il y a donc analogie complète entre cette hypothèse et celle

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 508, note 17 et 8 du § 637. Comparez arrêt de cassation du 18 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 253).

qui est prévue par l'article 876. Supposons, dans l'exemple que nous avons donné, que l'un des légataires soit insolvable; l'héritier qui a payé 6,000 francs, et qui a un recours pour 3,000 francs contre les deux légataires, pourra demander à celui qui est solvable, d'abord sa part contributoire dans ces 3,000 francs, c'est-à-dire 1,500 francs, plus sa part dans la perte des 1,500 résultant de l'insolvabilité de l'autre légataire; cette perte doit se partager entre l'héritier et le légataire, chacun y contribue donc pour 750 francs. L'héritier n'a aucun recours du chef de l'insolvabilité contre son cohéritier; celui-ci supportera de son côté sa part dans cette perte quand il exercera son recours contre les légataires (1).

85. Tels sont les effets de la subrogation légale. Eprouveraient-ils une modification si les héritiers se faisaient subroger conventionnellement? Voici l'intérêt de la question. L'héritier qui, dans l'espèce, a un recours pour 3,000 francs, doit diviser son action entre les deux légataires; pourrait-il stipuler qu'il aura contre l'un ou l'autre l'action pour le total qui appartenait au créancier? Celui-ci pouvait agir pour un quart contre chacun des légataires, c'est-à-dire pour 3,000 francs; l'héritier peut-il stipuler le même droit en vertu de la subrogation? Il faut répondre négativement, en appliquant par analogie la disposition de l'article 875; la loi n'attache pas plus d'effet à la subrogation conventionnelle qu'à la subrogation légale. Il faut donc s'en tenir aux principes généraux sur la subrogation, et d'après ces principes, le recours se divise pour la part contributoire dans la dette et dans la perte résultant de l'insolvabilité.

2. QUAND L'HÉRITIER PAYE VOLONTAIREMENT LA DETTE.

86. L'héritier paye volontairement une dette chirographaire : est-il subrogé au créancier contre ses cosuccesseurs? Il faut distinguer les cohéritiers des cosuccesseurs non saisis. Celui qui a payé ne peut pas invoquer

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 510, note 10 du § 637.

la subrogation légale contre ses cohéritiers, car il n'était pas tenu pour eux, le créancier ne pouvant lui demander que sa part héréditaire dans la dette; il ne peut donc être subrogé que s'il stipule la subrogation. Mais il sera subrogé légalement contre les légataires s'il est en concours avec des légataires; car il pouvait être forcé de payer la part contributoire des légataires dans la proportion de sa part héréditaire; il était, en ce sens, tenu pour eux, et il avait intérêt à payer, afin d'éviter des poursuites et le payement forcé. Comment exercera-t-il ce recours? On applique les principes que nous venons d'exposer sur la division de l'action récursoire en cas de payement forcé : les deux hypothèses sont identiques en ce qui concerne les rapports de l'héritier avec les successeurs non saisis (1).

87. Il y a cependant une différence en cas d'insolvabilité de l'un des successeurs non saisis. Elle ne donne pas lieu à un recours subsidiaire contre les cosuccesseurs solvables. En effet, l'héritier n'a d'autres droits, dans l'espèce, que ceux du créancier auquel il est subrogé. Or, le créancier aurait supporté la perte de l'insolvabilité; puisque lui n'a aucun recours de ce chef, le subrogé ne peut pas en avoir. Il est vrai que le créancier n'a jamais de recours du chef d'insolvabilité quand il s'agit d'une dette chirographaire. Si néanmoins nous avons accordé à l'héritier un recours supplémentaire pour cause d'insolvabilité, lorsqu'il est obligé de payer la dette sur la poursuite du créancier (n° 84), c'est par analogie de l'article 876, les mêmes motifs de justice pouvant être invoqués par l'héritier, quand il est forcé de payer une dette chirographaire. Mais quand il la paye volontairement, il rentre dans le droit commun de la subrogation; et d'après les principes qui régissent la subrogation, il est impossible que le subrogé ait des droits qui n'appartiennent pas au subrogeant.

88. Ces principes ne seraient pas modifiés si l'héritier stipulait la subrogation. La subrogation conventionnelle

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 510 et suiv., et notes 12 et 13 du § 637.

aurait toujours un avantage, c'est de donner à l'héritier un recours contre son cohéritier, ainsi que les sûretés attachées à la créance. Mais la subrogation conventionnelle ne lui donnerait pas de recours pour cause d'insolvabilité; car le créancier ne peut pas subroger l'héritier à des droits qu'il n'a pas lui-même. Or, il n'y a pas de garantie entre les héritiers ou successeurs universels en cas d'insolvabilité, lorsque la dette est chirographaire, et la subrogation ne peut pas créer, à charge des héritiers du débiteur, une obligation qui ne leur incombe pas en vertu de la loi.

TITRE III

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS (1).

INTRODUCTION.

89. Les interprètes ouvrent tous le commentaire sur le titre II des *Donations et Testaments* par l'examen d'une question de philosophie du droit : la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit est-elle de droit naturel? Nous y avons répondu d'avance, en exposant le fondement du droit de propriété, et en déduisant de ces principes la théorie du droit de succession (2). Si la propriété est une création de la loi, il va sans dire que tous les modes de la transmettre sont une œuvre plus ou moins arbitraire et partant transitoire; car les attaques contre le droit naturel de propriété aboutissent toutes au socialisme ou au

(1) Sources : Ricard, *Traité des donations*, 2 volumes in-folio, Paris, 1783. Furgole, *Traité des testaments* (Œuvres de Furgole, 8 volumes in-8°, Paris, 1775). Grenier, *Traité des donations et des testaments*, 4e édition de Bayle-Mouillard, 4 vol. in-8°, 1849). Poujol, *Traité des donations et des testaments*, 2 vol., 1836. Vazeille, *Des successions, donations et testaments*, 3 vol., 1837. Coin-Delisle, *Commentaire analytique sur les donations et testaments*, 1 vol. in-4°, 1855. Troplong, *Commentaire sur le titre des donations et testaments*, in-4° (édition belge, 2 vol.), 1855. Saintespès-Lescot, *Des donations et des testaments*, 5 vol. (Paris, 1861).

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 115, nos 87 et suiv., et t. VIII, nos 468-476.

communisme. Jusque dans ces derniers temps, la plupart des écrivains et des légistes politiques étaient d'avis que les successions, et surtout les successions testamentaires, procédaient de la volonté du législateur. Cela passait presque pour un axiome. Comment croire que l'homme ait la faculté de disposer de ses biens alors qu'il n'existe plus? Ce n'est pas que les légistes soient socialistes ou communistes : leur science n'aurait plus de raison d'être s'il n'y avait pas de propriété individuelle. C'était préjugé de race et d'éducation. Le catholicisme a répandu des idées et des sentiments peu favorables à la propriété. Longtemps ces doctrines ont paru peu dangereuses, on n'y voyait que l'expression de la charité évangélique, et les hommes positifs ne craignaient guère que la charité portât les propriétaires à abdiquer leurs biens au profit des pauvres et de l'Eglise, comme les y conviaient les orateurs sacrés. Mais les principes ont une force d'une puissance extrême. On avait prêché pendant des siècles que la communauté était de droit naturel ou divin; il en résulta que tous les esprits finirent par être imbus de ce préjugé.

La France venait d'accomplir une révolution prodigieuse. Une assemblée, comme il ne s'en est jamais trouvé au sein d'aucun peuple, était occupée à rédiger un code de lois nouvelles pour une nation nouvelle. Le plus grand de ses orateurs étant mort, Talleyrand vint lire son testament à la tribune : c'était un discours contre la faculté de tester. Que disait Mirabeau? L'homme n'a aucun droit exclusif sur aucun objet de la nature; ce qui appartient également à tous n'appartient réellement à personne. Si la propriété existe, c'est que la loi l'a créée pour des motifs d'utilité sociale : « Les lois ne protégent pas, ne maintiennent pas seulement la propriété, elles la font naître en quelque sorte. » Qu'est-ce que la succession dans cet ordre d'idées? Une création de la loi aussi bien que la propriété. Les biens du défunt rentrent de droit dans le domaine commun, pour retourner ensuite par la volonté générale aux héritiers légitimes appelés à continuer la jouissance de leur auteur et les droits résultant de l'état

précédent de communauté. C'est donc à la loi de distribuer les biens que l'homme laisse à son décès; ce n'est pas au propriétaire; à vrai dire, le propriétaire n'est qu'un usufruitier, et sa jouissance finit avec lui.

Le discours contre la faculté de tester était au fond un discours contre la propriété. Quelle impression fit-il sur l'assemblée? Elle ne protesta pas; comment l'eût-elle fait, puisqu'elle partageait les idées de l'orateur qu'elle était heureuse d'entendre encore, parlant du sein de sa tombe. Robespierre parla dans le même sens, bien que moins absolu dans ses conclusions que Mirabeau. Troplong accuse, à cette occasion, le fameux tribun de matérialisme. Le disciple passionné de Rousseau un matérialiste! C'est l'homme que l'on accuse d'un matérialisme obstiné qui fit décréter par la Convention nationale les bases de toute religion, la croyance en Dieu et la foi en l'immortalité de l'âme. Tronchet, qui joua un si grand rôle dans la préparation et la discussion du code civil, était dans le même ordre d'idées. La propriété finit avec l'homme; si on lui permet de la transmettre, c'est par exception à la loi naturelle, c'est une concession que le législateur lui fait, moins pour son avantage personnel que pour l'intérêt commun de la société (1).

90. L'opinion de Tronchet est celle de la plupart des commentateurs du code civil. Tant que le débat ne s'agita que dans le domaine de la théorie, on y faisait peu d'attention, et on y attachait peu d'importance. C'était méconnaître la puissance des principes. De la tribune ils finirent par descendre dans la rue. Babeuf n'avait pas d'autre doctrine que Mirabeau, mais il s'en servit pour passionner les basses couches de la démocratie. Ce travail latent se poursuivit; grâce à l'ignorance et à l'aveuglement des classes ouvrières, le communisme brutal du tribun de l'égalité trouva des partisans nombreux; ils menacent de devenir innombrables. Enfin les yeux se sont ouverts, et on a compris l'importance des principes. Nous

(1) Voyez les discours de Mirabeau, de Robespierre et de Tronchet dans Buchez et Roux, *Histoire parlementaire de la révolution française*, t. IX, p. 285 et suiv.

ne répéterons pas ce que nous avons dit ailleurs. Les fausses doctrines ne se tuent pas à coups de canon; elles ne cèdent que devant la vérité, comme les ténèbres devant la lumière. Cependant tel est l'aveuglement des classes dites supérieures, que les pays les plus exposés aux révolutions démocratiques repoussent l'instruction obligatoire; on dirait un malade qui rejette loin de lui le seul remède qui le puisse guérir, et on serait tenté de s'écrier avec le poëte : Ceux que Dieu veut perdre, il les aveugle! Après 1848, l'Académie des sciences morales publia une série de traités destinés à éclairer le peuple : il eût fallu commencer par lui apprendre à lire. Troplong écrivit une défense de la propriété; nous doutons fort qu'elle ait converti un seul socialiste. Dans son commentaire sur le titre des Donations et Testaments, Troplong prend aussi la défense de la faculté de tester. Nous l'admettons avec lui. Dès que l'on reconnaît que la propriété est de droit naturel, la conséquence ne saurait être contestée : le propriétaire transmet son droit à ses héritiers, soit en laissant ses biens aux parents que la loi y appelle, soit en disposant lui-même de son hérédité. La succession *ab intestat* implique la succession testamentaire. Si le législateur transmet les biens du défunt à sa famille, cela suppose que telle est la volonté du défunt; en ce sens on peut dire que la succession *ab intestat* est le testament présumé de ceux qui ne testent pas.

Est-ce à dire que le testament soit la règle et que la succession *ab intestat* n'en soit que l'application? Tel paraît être l'avis de Troplong. Dans son petit Traité de la propriété, il dit que le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil. Il revient sur cette pensée dans la préface de son Commentaire sur les Donations et Testaments. A l'entendre, le testament serait lié au sort de la liberté civile, de sorte que là où la faculté de tester serait illimitée, la liberté civile existerait au plus haut degré (1). Cela n'est-il pas trop absolu? Ne faut-il pas plu-

(1) Troplong, *Traité de la propriété suivant le code Napoléon*, chapitre XXXI. *Commentaire sur le titre des donations et testaments*, préface, p. I et suiv.

tôt renverser la thèse, et dire que la succession *ab intestat* est la règle, tandis que le testament ne doit être qu'une exception, exception légitime, mais qui cesserait de l'être si la faculté de tester était illimitée? Tel était l'avis d'un des grands penseurs de l'antiquité : Aristote blâme ce que Troplong loue. A Sparte régnait la liberté illimitée de tester. Qu'en résulta-t-il? C'est que le sol finit par être dans les mains de quelques individus, tandis que l'immense majorité des citoyens ne possédaient presque rien (1). Est-ce là l'idéal des sociétés modernes? Dans notre Introduction au titre de la *Propriété*, nous avons dit que l'idéal du législateur doit être que tout homme soit propriétaire. La propriété n'est pas la liberté, mais elle est l'expression et la garantie de l'individualité humaine, elle est la condition et l'instrument de notre développement intellectuel et moral. A ce titre, elle doit être l'apanage de tout homme. Quel est le meilleur moyen d'atteindre ce but? est-ce le testament ou la succession *ab intestat?* Nous allons aussi invoquer l'histoire, et sa réponse sera tout autre que celle qu'on lui prête.

91. Troplong a consacré de longues pages à la philosophie de l'histoire des testaments. Comment se fait-il qu'il ait passé si rapidement sur l'époque coutumière, et qu'il n'ait pas même prononcé le nom de Domat? C'est dans les coutumes que se trouvent les racines de notre droit, et Domat en a écrit la théorie de main de maître. Son témoignage est d'autant plus considérable qu'il professe un grand respect pour le droit romain; mais dans la matière des successions et des testaments, il n'hésite pas à donner la préférence au droit coutumier. Nous avons exposé sa doctrine ailleurs (2). Il y a opposition complète entre le droit de Rome et nos coutumes. Les Romains disaient que le testament est de droit public (3) : c'est, en d'autres mots, le principe de Troplong, l'identification du testament et de la liberté, telle qu'on l'entendait à Rome. Domat dit

(1) Aristote, *Politique*, liv. II, chap. VI, § 11.
(2) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, nos 477 484, p. 565 et suiv.
(3) « *Testamenti factio non privati, sed publici juris est.* » L. 3, D., *Qui test. fac. poss.*

qu'il n'a pas mis cette règle dans le titre qu'il consacre aux successions testamentaires, parce que dans toutes les coutumes il est, au contraire, d'un droit universel et comme public qu'on ne puisse pas faire de testament, c'est-à-dire d'institution d'héritier (1). La différence est radicale : tient-elle à ce que les Romains connaissaient mieux la liberté civile que nos ancêtres? La liberté, à Rome, n'a jamais signifié que puissance et domination; la vraie liberté, celle qui est l'expression de l'individualité humaine, y était inconnue, nous l'avons héritée du sang germain qui coule dans nos veines. Si la liberté civile doit régner quelque part, c'est dans le sein de la famille; et qu'était-ce que la famille à Rome? Esclaves, enfants, femme, tout était absorbé dans la puissance illimitée du père de famille. De là ces paroles célèbres des Douze Tables que Troplong aime de citer : « Ce que le père de famille aura ordonné de ses biens fera droit (2). » Dans nos plus anciennes coutumes, nous trouvons une tout autre maxime : « Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut (3). » L'ordre des successions ne dépend donc pas de la volonté arbitraire de l'homme; ce n'est pas lui qui fait le droit, c'est Dieu. De là les coutumes concluaient qu'il n'appartient pas à l'homme de disposer de ses biens comme il l'entend. C'était une des règles fondamentales de notre ancien droit, qu'on ne fait pas héritier qui l'on veut, par testament, de ses propres, mais bien de ses meubles et acquêts, c'est-à-dire de la plus faible partie de son patrimoine. Les propres constituaient la fortune héréditaire à laquelle Dieu appelle ceux qu'il fait naître dans telle famille plutôt que dans telle autre; les coutumes limitaient toutes, plus ou moins, la faculté de disposer des propres, soit par donation, soit par testament; d'après les unes, on pouvait disposer du tiers; d'après les autres, du cinquième; il y en avait qui déclaraient les propres indisponibles pour le tout : c'étaient

(1) Domat, *Des lois civiles*, deuxième partie, livre III, préface, p. 408.
(2) « *Paterfamilias uti legassit super familia pecunia, tutelave suæ rei, ita jus esto.* »
(3) Glanville, *de legibus Angliæ*, VII, 1. Comparez De Laurière sur Loisel, II, 4, 5.

celles qui reproduisaient le plus fidèlement le vieux droit germanique (1).

92. Ces restrictions concernaient surtout les testaments; logiquement, on aurait dû les étendre aux donations. Mais ici les coutumes se heurtaient contre un droit qu'elles n'osaient attaquer ouvertement, le droit du propriétaire de disposer de ses biens entre vifs. A moins d'annuler le droit de propriété, on ne pouvait empêcher le maître d'aliéner sa chose. Que firent les coutumes? Elles entravèrent et enchaînèrent la liberté du propriétaire, en multipliant les conditions et les formes requises pour la validité des donations. L'esprit de notre droit français, disait Pothier, est de conserver les biens dans les familles; les donations faisaient sortir les biens des familles : de là la défaveur qui les frappait. On les considérait comme de droit étroit, parce qu'elles étaient préjudiciables aux familles (2), et par cette raison on cherchait à les arrêter indirectement. On fit de la donation un contrat solennel, hérissé de formes qui n'avaient d'autre raison d'être que le désir d'empêcher les libéralités. Tel était l'esprit de cette maxime fondamentale de notre ancien droit : « Donner et retenir ne vaut. » Tel était le sens de ces conditions étranges, dont on chercherait vainement un motif juridique, comme l'acceptation expresse. Elles avaient cependant un sens profond. On permettait au donateur de se dépouiller lui-même, en dépouillant ses héritiers, parce qu'on ne pouvait guère le lui défendre; mais on lui faisait sentir qu'il se dépouillait actuellement et irrévocablement. L'homme est si attaché aux biens qu'il possède, surtout à ceux qu'il a reçus de ses ancêtres, qu'il s'en séparera difficilement s'il doit s'en dessaisir; voilà le sentiment très-naturel sur lequel les coutumes prenaient appui pour obtenir indirectement ce qu'elles ne pouvaient faire directement : empêcher le propriétaire de dépouiller ses héritiers, en conservant les biens dans les familles (3).

(1) Voyez les détails dans Troplong, Préface, p. 52, note 5.

(2) Ce sont les expressions de De Laurière sur Loisel, *Institutes coutumières*, liv. IV, tit. IV.

(3) Ce sont les paroles d'Argou, *Institutes au droit français*, t. I, p. 272 de

93. Quel est l'esprit qui domine dans notre code civil? est-ce celui des coutumes? est-ce celui du droit romain? Les auteurs du code ont dérogé en un point aux coutumes : ils permettent à l'homme de faire un héritier. Encore la dérogation est-elle loin d'être absolue. Quand il y a des réservataires, des enfants ou des ascendants, et c'est bien le cas le plus fréquent, le législateur maintient le principe coutumier : Dieu seul fait les héritiers. Vainement le défunt institue-t-il un légataire universel, l'héritier de Dieu l'emporte sur l'héritier de l'homme, c'est lui qui est saisi, c'est lui qui représente le défunt; le légataire doit lui demander la délivrance de son legs comme un simple successeur aux biens. L'homme ne peut donc faire d'héritier que lorsqu'il n'y a ni descendants ni ascendants. Cette dérogation aux coutumes serait-elle une répudiation du droit traditionnel? Loin de là, notre législation sur les successions est imbue tout entière de l'esprit coutumier. Le code civil est l'œuvre de la révolution; il a fait pénétrer dans l'ordre civil les principes de liberté et d'égalité qui furent proclamés en 89 dans l'ordre politique. Il laisse pleine et entière liberté aux citoyens en tout ce qui concerne leurs intérêts privés. S'agit-il des contrats à titre onéreux, le législateur en établit les règles, mais il laisse aux particuliers le pouvoir d'y déroger, sauf les cas très-rares où l'ordre public est en cause. Mais s'agit-il de dispositions à titre gratuit, les restrictions prennent la place de la liberté. Le titre des *Donations et Testaments* s'ouvre par un article restrictif : « On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies. » Dans l'ancien droit, on pouvait faire des donations à cause de mort; le code n'en veut plus : si l'on disposait à ce titre, l'acte serait nul. Le droit ancien, expression d'une société aristocratique, favorisait les substitutions, afin de maintenir la splendeur des grandes familles; le code les prohibe, tout ce qui rappelle le vieux régime lui est odieux. On

la X[e] édition. Comparez Grenier, *Discours historique sur l'ancienne législation*, section I, § 1. Voyez, plus bas, n° 101, le témoignage de Pothier.

connaissait encore jadis la démission de biens, partage que le défunt faisait lui-même de son patrimoine; le code ne l'a maintenue que pour les ascendants, et en la limitant par des conditions rigoureuses.

Voilà déjà le propriétaire enchaîné : il ne peut pas disposer de ses biens à titre gratuit comme il l'entend, il est obligé de choisir entre la donation et le testament, tout autre mode de disposer est frappé de nullité. Est-il au moins libre de donner entre-vifs ou de tester comme il veut? Non, la donation est un contrat solennel, le testament est un acte solennel, et toutes les formes sont prescrites sous peine de nullité. Pourquoi ce luxe de solennités, alors que dans les contrats à titre onéreux il n'y en a aucune? Y a-t-il une raison juridique de cette différence? On n'en trouve d'autre que l'esprit traditionnel du droit français : les donations sont vues avec défaveur, elles sont de droit étroit, on les entrave afin de conserver les biens dans les familles. On permet à l'homme de tester, mais les testaments ne sont guère plus favorables que les donations. Le législateur consacre, à la vérité, le droit de tester, mais il multiplie les incapacités de donner et de recevoir. Quand le défunt laisse des descendants ou des ascendants, il frappe d'indisponibilité la plus grande partie de ses biens . La loi ne connaît plus la distinction des propres et des acquêts; mais son vœu est que tous les biens du défunt passent à ses héritiers légitimes; la succession *ab intestat* est la règle, elle vient de Dieu; la succession testamentaire est l'exception, c'est l'œuvre de l'homme, qui déroge à la règle quand il y a des motifs pour lesquels la règle ne peut recevoir son application.

Tel est l'esprit du code civil; c'est évidemment celui des coutumes. Faut-il demander si notre droit national est supérieur au droit romain? Il est l'expression de nos mœurs, de nos sentiments et de nos idées; cela suffit pour le légitimer. C'est l'avis de Domat, comme nous l'avons dit ailleurs, malgré le respect qu'il professait pour le droit romain. C'est aussi l'avis de Tronchet; nous citons ses paroles, elles sont considérables, car il est un des auteurs du code civil : « Plusieurs publicistes n'ont pas hésité à

donner à la volonté de l'homme la prépondérance sur celle de la loi. Le droit de propriété, ont-ils dit, est de sa nature perpétuel. La mort, qui fait cesser la jouissance, n'éteint pas le droit de propriété qui, autrement, ne serait plus qu'un usufruit. Pourquoi l'homme, qui peut disposer pendant sa vie de sa chose comme il lui plaît, n'aurait-il pas le droit de la transmettre, après lui, à qui il lui plaît? Telle est en effet la base fondamentale du droit romain : c'est la volonté de l'homme qui fait les héritiers, la loi ne vient qu'à défaut de cette volonté, et elle ne gêne cette volonté que par des entraves très-légères. Le droit français a pris une route tout opposée; il ne reconnaît d'autres héritiers légitimes que ceux de la loi; la volonté de l'homme ne peut donner le titre d'héritier. » Après 89, on n'était pas disposé à plier sous le joug des vieux préjugés; Tronchet proclame hautement qu'il appartient au législateur de remonter aux sources de toutes les institutions humaines, jusqu'aux premières vérités dont ces institutions ne peuvent être que des conséquences ou des modifications nécessaires. Eh bien, sur le terrain du droit éternel, Tronchet n'hésite pas à déclarer que le droit français est plus conforme aux vrais principes et à la droite raison (1).

94. Quelles furent les origines du système coutumier? Ceci est un point très-important. Il ne s'agit pas d'une vaine recherche d'antiquaire, il s'agit d'interroger notre vie nationale, en remontant à ses premiers germes. Tacite dit que les Germains ignoraient entièrement l'usage des testaments. Ce fait paraît étrange à Troplong; il y voit une marque de barbarie, que dis-je? de sauvagerie. Les Germains, dit-il, n'avaient pas de propriétés fixes; ils erraient, comme les nomades, de territoire en territoire : la propriété foncière étant ignorée, le testament devenait inutile (2). L'explication est peu satisfaisante. Sans propriété, il n'y a pas plus de succession légitime que de succession testamentaire; cependant les Germains connais-

(1) Buchez et Roux, *Histoire parlementaire de la révolution française*, t. IX, p. 304.
(2) Tacite, *De moribus Germanorum*, § 22. Troplong, Préface, p. 40.

saient la succession *ab intestat*, donc la propriété. S'ils se contentaient de la succession coutumière, ne serait-ce pas que, dans leur croyance, le droit de la famille dominait sur la volonté arbitraire de son chef? Ce qui revient à dire que c'est Dieu, et non l'homme, qui fait les héritiers. Comment l'usage des testaments s'introduisit-il chez les nations germaniques? Ceci est encore plus intéressant. Nous allons écouter Troplong, il est très-favorable à l'Eglise; est-ce illusion? est-ce complaisance? le lecteur jugera. C'est l'influence des *idées romaines*, dit-il, qui répandit très-rapidement l'usage des testaments dans les Gaules conquises. Quelles sont ces *idées romaines?* La plupart du temps, répond le jurisconsulte français, les testaments n'avaient pour objet que des dispositions pieuses; ceux qui nous restent sont en quelque sorte faits sur le même modèle. Après l'invocation de la Sainte Trinité, le testateur recommande son âme à Dieu, désigne le lieu de sa sépulture, ordonne de réparer le tort qu'il a causé à autrui, fait des legs pieux pour le salut de son âme, puis récompense ses serviteurs, enfin nomme des exécuteurs testamentaires, auxquels il donne les pouvoirs les plus étendus sur ses meubles et ses immeubles. Comment se fait-il que les testaments étaient tous sur le même modèle? Etaient-ils par hasard dictés par les légataires, c'est-à-dire par l'Eglise? « On le sait, dit Troplong, l'Eglise, dès les premiers temps, favorisa les dernières dispositions; elle en tirait de grands avantages; non qu'elle eût forcé les consciences, mais les consciences venaient à elle, et elle les encourageait. » Tournons la page; Loyseau nous dira comment l'Eglise encourageait les consciences sans les violenter. « Les ecclésiastiques maintenaient que la connaissance des testaments leur appartenait comme étant une matière de conscience, disant même qu'ils étaient les naturels exécuteurs d'iceux, parce que le corps du défunt testateur étant laissé à l'Eglise pour la sépulture, l'Eglise aussi était saisie de ses meubles, pour acquitter sa conscience et exécuter son testament. Ce qui s'observe encore à présent en Angleterre, où l'évêque ou gens préposés de sa part se saisissent des meubles de celui qui est décédé

intestat, et les gardent pendant sept ans, si l'héritier ne compose avec lui. Même nous trouvons qu'anciennement, en France, les ecclésiastiques ne voulaient enterrer les morts si on ne leur mettait leur testament en main, ou si, à faute de testament, on n'en obtenait un mandement spécial de l'évêque, dont il se trouve, dans les registres du parlement, un arrêt de l'an 1407, contre l'évêque d'Amiens et les curés d'Abbeville, que les intestats seraient inhumés sans contredits et sans mandement particulier de l'évêque. Et Jean Gallé, en sa question 102, remarque que souvent les héritiers, pour sauver l'honneur du défunt décédé sans tester, demandaient permission de tester pour lui *ad pias causas*; et j'ai lu ailleurs qu'il y avait des ecclésiastiques qui *contraignaient* les héritiers des intestats de convenir de prud'hommes pour arbitrer combien le défunt avait dû léguer à l'Eglise (1). »

Troplong appelle cela des *exagérations* auxquelles la justice ecclésiastique se laissa entraîner. Il nous faut donc compléter le tableau, et montrer que l'abus n'était pas dans les excès des juges d'Eglise, qu'il était dans les legs pieux mêmes, tels que les plus saints personnages les comprenaient et les prêchaient. On lit dans les livres pénitentiaux : « De même que l'eau éteint le feu, l'aumône efface les péchés. » Voilà le principe et l'essence des legs pieux. Le pape Léon le Grand dit aux heureux de ce monde que Dieu leur a donné la richesse pour qu'ils puissent se libérer de la multitude de leurs péchés, en faisant des aumônes : la charité, ajoute-t-il, efface les péchés. C'est la morale des Pères de l'Eglise. « Tu as de l'argent, dit saint Ambroise, emploie-le à racheter tes péchés. » C'est cette morale qui remplit les trésors de l'Eglise : les hommes en devinrent-ils plus moraux? Dépouiller ses héritiers était un moyen assez facile de gagner le ciel; les riches qui avaient beaucoup de péchés à expier ne manquèrent pas d'en user; de là les legs pieux, qui ne sont autre chose qu'une captation religieuse. Assistons à

(1) Loyseau, *Des seigneuries et justices ecclésiastiques*, n° 64. Troplong, Préface, p. 43, 45, 53 et 54.

un de ces testaments, qui étaient tous faits sur le même modèle, parce qu'une même pensée les inspirait et une même main les écrivait. Les religieux commençaient par jeter la terreur dans l'âme du mourant, en le menaçant des feux éternels de l'enfer; ils ne lui laissaient qu'une espérance, c'était de racheter ses fautes avant de mourir. Torturé par ces craintes, le malheureux demandait avec anxiété quel était le meilleur moyen d'apaiser la colère de Dieu. Les moines ne manquaient pas de répondre que l'aumône lavait les péchés et que les libéralités les plus méritoires étaient celles qui se faisaient au profit de leur monastère. Voilà la violence morale unie à la captation. Dira-t-on que ces conseillers intéressés étaient de bonne foi? Nous leur laissons la parole; aux menaces succèdent les paroles mielleuses : « Oh! que la race humaine est caduque et fragile! La mort inévitable, avec toutes ses misères, est au bout de notre courte existence. Quel bonheur que la vie céleste, où la joie des élus est sans trouble et sans fin! Cependant la plupart des hommes ne songent qu'aux intérêts de ce monde et négligent les soins du ciel; ils s'inquiètent des *biens périssables* et perdent les biens qui durent toujours! » Suit l'abandon des *biens périssables* à quelque saint qui aide les donateurs à acquérir les *biens éternels*. Pourquoi les moines s'efforçaient-ils de persuader leurs pénitents de l'inanité de ce monde? Quand ils mettaient de leur côté tant d'âpreté à s'approprier ces *biens périssables*, peut-on croire à leur bonne foi? Etaient-ils de bonne foi ces moines qui, au témoignage de Pierre de Blois, disaient qu'ils rendaient service aux laïques en les dépouillant de leurs richesses, puisque ces biens étaient pour eux une source de péchés? Nous avons le témoignage d'un contemporain, grand parmi les grands : Charlemagne nous dira quel était le mobile de ceux qui arrachaient des legs pieux aux mourants. « Il demande aux évêques et aux abbés ce que veulent dire ces mots qu'ils ont toujours à la bouche : *renoncer au siècle*. Renoncent-ils au siècle ceux qui travaillent chaque jour à accroître leurs possessions, tantôt menaçant des supplices éternels de l'enfer, tantôt, sous le nom d'un saint, dépouillant de ses biens

quelque homme simple d'esprit et peu avisé, de sorte que ses héritiers légitimes en soient privés, et que la plupart, à cause de la misère dans laquelle ils tombent, soient poussés à toute sorte de désordres et de crimes? Est-ce renoncer au monde que de brûler d'envie de s'approprier les biens d'autrui et d'exciter les hommes au parjure et au faux témoignage à prix d'argent (1)? »

95. Nous pourrions multiplier les témoignages, ils abondent, et tous attestent que les legs pieux sont un mélange de violence morale et de captation. Voilà l'influence sous laquelle les testaments se répandirent chez les peuples de race germanique. Qui oserait nier que les successions *ab intestat*, l'œuvre de Dieu, ne soient mille fois préférables à des dispositions de dernière volonté, œuvre de la faiblesse et de l'imbécillité des mourants? Ce n'est donc pas sans raison que les philosophes s'élèvent contre la liberté illimitée de tester. Troplong cite un passage des *Lois* de Platon, qui est encore vrai au dix-neuvième siècle. Quand les hommes écrivent-ils leurs dernières dispositions? Lorsqu'ils sont sur le point de quitter la vie, et qu'ils n'ont plus ni liberté dans l'esprit, ni fermeté dans la volonté. Voici les paroles que Platon leur adresse : « Mes chers amis, vous qui ne pouvez guère vous promettre plus d'un jour, il vous est difficile, dans l'état où vous êtes, de bien juger vos affaires, et de plus de vous connaître vous-même, comme le prescrit Apollon Pythien. Je vous déclare donc, en ma qualité de législateur, que je ne vous regarde point, ni vous ni vos biens, comme étant à vous-mêmes, mais comme étant à toute votre famille, tant à vos ancêtres qu'à votre postérité, et toute votre famille avec vos biens comme appartenant à l'Etat. Et puisqu'il en est ainsi, si, tandis que la maladie et la vieillesse vous font flotter entre la vie et la mort, des flatteurs s'insinuant dans votre esprit, vous permettent de faire un testament contre les règles, je ne le souffrirai point, autant qu'il est en moi. Mais je ferai des lois là-dessus, envisageant le plus grand intérêt de l'Etat et de votre famille, et lui subor-

(1) Voyez les témoignages dans mon livre intitulé *l'Eglise et l'Etat*, 2e édition, in-12, t. I, p. 162, 290-292, 161.

donnant avec raison l'intérêt de chaque particulier. »

C'est le contre-pied de la doctrine de Troplong. Qui a raison? Troplong lui-même dit plus loin que le testament est souvent odieux, et que tout testateur commence par se croire plus sage que la loi même : ce sont les expressions de d'Aguesseau, l'illustre chancelier, qui est en quelque sorte l'auteur de notre titre, puisqu'il a été puisé dans ses ordonnances. Il y a donc autre chose à considérer dans les testaments que le droit du testateur. Ce droit ne saurait être absolu. Quand le législateur règle l'ordre des successions, il a égard à l'intérêt de la famille, lequel est aussi un droit, puisque la plupart des biens délaissés par le défunt lui viennent de sa famille. Le législateur a encore égard à l'intérêt général; n'est-ce pas dans cet intérêt que la loi prohibe les substitutions, qu'elle limite la capacité de recevoir des enfants naturels et des corporations? n'est-ce pas dans un intérêt politique autant que civil qu'elle s'oppose à ce que le droit d'aînesse et de masculinité sacrifie les droits de tous les enfants à la splendeur du nom? Les testaments et les successions peuvent-ils être dans une société démocratique ce qu'ils sont dans une aristocratie? Quand on préconise la liberté illimitée de tester qui régnait à Rome, on oublie que la république était essentiellement aristocratique, et que cette même liberté de tester maintient le droit d'aînesse au sein de l'aristocratie anglaise. Autres doivent être les lois des démocraties. C'est dans cet esprit que la Convention nationale décréta que la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit, en ligne directe, était abolie, et qu'en conséquence tous les descendants auraient un droit égal sur les biens de leurs ascendants. La loi du 17 nivôse an II alla plus loin; afin d'égaliser les fortunes, elle restreignit le disponible en faveur des étrangers, elle le fixa à un dixième si le défunt avait des héritiers en ligne directe; à un sixième s'il laissait des collatéraux; en aucun cas les héritiers ne pouvaient être avantagés quand ils venaient à la succession *ab intestat* (1). La réaction qui s'est faite contre la ré-

(1) Décret du 7 mars 1793. Comparez loi du 5 brumaire an II, art. 11, et loi du 17 nivôse an II, art. 16.

volution française a attaqué aussi les lois portées par la Convention nationale. On oublie que la tendance dont on fait un crime à la loi de nivôse régnait dans nos anciennes coutumes ; elles voulaient aussi maintenir les biens dans les familles, elles défendaient aussi de disposer des propres, sauf pour une minime quotité; enfin il y en avait qui déclaraient incompatibles la qualité d'héritier et celle de légataire (1). L'esprit est le même, il est l'expression des sentiments de la nature. Nous croyons, avec Domat, qu'un ordre de successions fondé sur la copropriété de la famille est préférable à l'arbitraire, à l'ignorance et à l'aveuglement des testateurs. Est-ce à dire qu'il faille supprimer la faculté de tester? Non, mais elle doit rester l'exception, et pour prévenir que les testateurs ne dépouillent leurs familles par une piété mal entendue, il faut éclairer les consciences, en répandant l'instruction à flots. Nous aimons aussi la liberté, et notre désir le plus ardent est qu'elle s'enracine dans nos mœurs, mais c'est une liberté qui affranchisse les esprits, et non une liberté qui les asservit.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ Ier. *Comment on peut disposer à titre gratuit.*

96. L'article 893 porte « qu'on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies. » Cette disposition implique une double restriction, l'une concernant le fond, l'autre concernant la forme. Le tribun Jaubert a très-bien formulé la première : « On peut disposer

(1) « Nul ne peut être héritier et légataire, » disent les coutumes de Paris et d'Orléans (Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 155).

de ses biens à titre gratuit, mais ce ne sera que par donation entre-vifs ou par testament. La distinction des dispositions de dernière volonté en testaments ou donations à cause de mort ne subsistera plus ; on ne reconnaîtra qu'une seule espèce de dispositions de dernière volonté : elles s'appelleront testaments (1). » La restriction relative aux formes dans lesquelles on peut disposer à titre gratuit donne lieu à des difficultés ; nous y reviendrons. L'objet essentiel de l'article 893 est d'abolir les donations à cause de mort. Cela a été contesté, malgré la déclaration formelle de Jaubert ; nous croyons inutile de combattre une opinion qui a contre elle le texte et l'esprit de la loi. Elle est contraire au texte, puisque l'article 893 est conçu dans des termes restrictifs et prohibitifs ; il ne maintient que deux modes de disposer de ses biens à titre gratuit, la donation entre-vifs et le testament. Donc il abroge la donation à cause de mort, institution romaine qui était usitée dans les pays de droit écrit, mais que le droit coutumier ignorait (2). Quoique le principe soit certain, l'application soulève plus d'un doute.

97. La donation à cause de mort tenait le milieu entre la donation et le testament. Elle se rapprochait de la donation entre-vifs par la forme : c'était un contrat qui exigeait le concours de consentement du donateur et du donataire ; mais elle différait essentiellement de la donation, en ce que le donateur ne se dessaisissait pas actuellement de la chose donnée, et il pouvait toujours révoquer sa libéralité. Sous ce rapport, il existait une grande analogie entre la donation à cause de mort et le legs : le prédécès du donataire, comme celui du légataire, rendait la libéralité caduque. D'après cela, il est facile de distinguer la donation à cause de mort de la donation entre-vifs et du legs. La donation entre-vifs est essentiellement translative de propriété, et la transmission est irrévocable ; tandis que la donation à cause de mort ne dépouille pas le donateur, elle dépouille seulement les héritiers si le donataire

(1) Jaubert, Rapport au Tribunat, n° 4 (Locré t. V, p. 344).

(2) Voyez la réfutation détaillée et péremptoire de l'opinion contraire dans Coin-Delisle, p. 17, nos 5-8 de l'article 893.

survit et si le donateur n'a pas révoqué sa libéralité : en ce sens, on disait que le donateur, dans la donation à cause de mort, se preférait au donataire, mais qu'il préférait le donataire à ses héritiers. Quant au legs, il ne donne aucun droit au légataire, ce n'est qu'un simple projet de disposition qui se réalise à la mort du testateur; tandis que la donation à cause de mort entraînait une translation révocable de la propriété de la chose donnée (1).

Il est plus difficile de distinguer la donation à cause de mort de la donation qui se fait par contrat de mariage, et surtout de la donation entre époux. La donation par contrat de mariage ne dessaisit pas le donateur, et elle est caduque par le prédécès du donataire : voilà les analogies. Voici la différence : la donation de biens à venir est irrévocable en ce sens que le donateur ne peut pas révoquer la libéralité qu'il a faite, en donnant ses biens à un autre donataire, tandis que la donation à cause de mort est révocable comme un legs. Quant à la donation entre époux, elle est révocable, ce qui semble l'identifier avec la donation à cause de mort. Il y a cependant une différence essentielle, c'est que la donation entre époux est une donation entre-vifs, à laquelle il faut par conséquent appliquer les principes qui régissent cette libéralité; ainsi elle doit être acceptée d'une manière expresse, tandis qu'une acceptation tacite suffisait pour la validité de la donation à cause de mort. L'époux donateur se dessaisit; quoiqu'il puisse révoquer, la donation ne devient pas caduque par le prédécès du donataire. S'agit-il de réduire les donations entre époux, on les assimile également aux donations entre-vifs, c'est-à-dire qu'on les réduit après l'épuisement des biens légués, et en commençant par la dernière, tandis que jadis les donations à cause de mort étaient réduites comme les legs, c'est-à-dire concurremment et au marc le franc (2).

98. Dans l'ancien droit, la donation à cause de mort avait un avantage qu'elle ne pouvait plus avoir dans le

(1) Zachariæ, t. V, p. 415, note 7 du § 644. Merlin, *Répertoire*, au mot *Donation*, sect. I, § I, n° II.
(2) Demante, t. IV, p. 8, n° 3 *bis* VII. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 921.

droit moderne. On suivait, dans les pays du droit écrit, la règle du droit romain qui ne permettait qu'au père de famille de faire un testament; tandis que le fils de famille, incapable de tester, avait capacité pour donner à cause de mort. Du reste, la donation à cause de mort avait peu d'utilité, elle donnait lieu à des contestations, parce qu'il était souvent difficile de la distinguer des autres libéralités. C'est pour cette raison que les auteurs du code la supprimèrent. De là est née une autre difficulté. La donation à cause de mort étant nulle, les héritiers sont intéressés à attaquer des libéralités faites par le défunt, lorsqu'elles semblent présenter les caractères de l'ancienne donation à cause de mort. Ce qui rend la décision de ces questions douteuse, c'est que la donation à cause de mort a quelque chose d'indécis; les caractères qui la distinguent des libéralités permises par le code ne sont pas aussi précis qu'on pourrait le croire d'après ce que nous venons de dire. Ainsi cette donation n'est pas essentiellement révocable par la seule volonté du donateur; on peut stipuler qu'il ne pourra pas la révoquer par cela seul qu'il change de volonté (1); dans ce cas, elle ressemble singulièrement à la donation des biens à venir du code civil. D'ordinaire elle se fait sous la forme d'un contrat, ce qui la distingue du legs, mais on finit par ne plus exiger l'acceptation du donataire; et dans ce cas, elle ne différait guère du legs, comme le dit Justinien (2).

Nous allons parcourir les cas qui se sont présentés devant les tribunaux. Une personne qui est sur le point de mourir fait un don manuel d'une somme d'argent, sous la condition que le donataire n'en disposera pas avant le décès du donateur, et la lui rendra s'il revient à la santé. On demande si c'est une donation entre-vifs, valable comme don manuel, mais subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire. Il a été jugé que cette donation était une véritable donation à cause de mort. En effet, la condition que la somme donnée serait restituée si le dona-

(1) Namur, *Cours d'Institutes*, § 383, n° 3.
(2) L. 3, C., *de mortis causa donat.* (VIII, 57).

taire revenait à la santé, excluait l'intention de donner entre vifs : il n'y avait pas de transport de la somme, le prédécès du donataire rendait le don caduc. Voilà bien les caractères d'une donation à cause de mort; on pouvait dire avec les jurisconsultes romains que le donateur se préférait au donataire, tout en préférant le donataire à ses héritiers; or, quand le donateur se préfère au donataire, il n'y a pas de donation. Il ne pouvait pas être question, dans l'espèce, d'un legs; car le legs ne se fait point de la main à la main (1). On ne doit pas conclure de là qu'un don manuel fait aux approches de la mort est nécessairement nul : tout dépend des conditions qu'y met le disposant. S'il le fait sans condition aucune, la libéralité sera parfaitement valable, aucune loi n'empêchant ceux qui sont près de mourir de faire une libéralité sous forme de donation entre-vifs; or, le don manuel est une donation entre-vifs, comme nous le dirons plus loin (2).

Un contrat de mariage stipule le régime de la communauté; il y est dit que les acquêts appartiendront aux enfants à naître du mariage. Il a été jugé que cette clause renfermait une donation à cause de mort. Nous croyons que la cour de Bordeaux a bien jugé en annulant la clause, mais nous ne saurions y voir une donation à cause de mort. Où est, dans l'espèce, le consentement du donataire? Les donataires n'étaient pas encore conçus lors de la donation. Un autre caractère de la donation à cause de mort manque également, celui de la révocabilité, car, dans l'intention des donateurs, les acquêts devaient appartenir définitivement, irrévocablement aux donataires : ils préféraient donc les donataires à eux-mêmes, ce qui implique l'intention de faire une donation entre-vifs. Mais, comme telle, la libéralité était nulle, car les donataires n'étaient pas conçus lors de la donation, et les futurs époux donnaient des biens à venir. La libéralité ne pouvait pas valoir non plus comme institution contractuelle, car cette institution ne peut être faite directement au profit des enfants

(1) Bordeaux, 8 août 1853 (Dalloz, 1854, 2, 81).
(2) Bordeaux, 7 avril 1851 (Dalloz, 1852, 2, 225).

à naître. Donc la clause ne pouvait valoir ni comme donation entre-vifs, ni comme donation de biens à venir, elle était donc nulle à tous égards (1).

Par contrat de mariage, la mère du futur donne aux époux tous les immeubles dont elle sera propriétaire au moment du décès de son mari. On a prétendu que cette libéralité était une donation à cause de mort, et nulle comme telle. La cour de cassation a très-bien jugé qu'il n'y avait pas là de disposition à cause de mort, puisque la donation devait recevoir son effet du vivant du donateur. Mais l'arrêt, rendu en matière fiscale, implique que la libéralité ne réunissait pas tous les caractères requis pour la validité d'une donation entre-vifs. En effet, la donatrice donnait des biens qu'elle ne devait acquérir qu'à la mort de son mari, elle ne se dessaisissait donc pas actuellement, comme le veut l'article 894. Si la cour de cassation maintint les droits qui avaient été perçus, c'est qu'au point de vue du droit fiscal, on ne tient pas compte de la valeur obligatoire de l'acte (2).

Par acte notarié, une veuve se reconnaît débitrice d'une somme de mille francs, envers deux conjoints, pour diverses fournitures et prêts d'argent, et elle charge ses héritiers de payer cette somme un mois après son décès. Le tribunal décida que, sous forme d'une obligation, la donatrice avait voulu avantager les donataires au préjudice de ses enfants, et il annula la libéralité comme renfermant une donation à cause de mort. Cette décision fut cassée et avec raison. Il y avait libéralité faite sous forme d'un acte à titre onéreux; or, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre la validité des dispositions à titre gratuit, faites sous la forme de contrats à titre onéreux, quand elles n'ont pas pour objet d'éluder une prohibition de la loi. La libéralité était-elle une donation à cause de mort? Non, car la somme était due immédiatement; donc il y avait donation entre-vifs. Le payement était seulement ajourné, mais cela ne regarde que l'exécution

(1) Bordeaux, 23 août 1865 et 18 août 1864 (Dalloz, 1866, 2, 218 et 219).
(2) Rejet, 20 février 1865 (Dalloz, 1865, 1, 220).

de la libéralité; dès que la donation confère un droit actuel au donataire, elle est valable (1). Il en serait autrement si le donateur n'entendait pas s'obliger actuellement, mais laisser seulement au donataire une éventualité sur sa succession future; dans ce cas, dit la cour de cassation, il y aurait donation à cause de mort (2). Ne serait-il pas plus exact de dire qu'une pareille libéralité serait nulle, parce qu'elle n'entraîne aucun dessaisissement actuel? La donation à cause de mort proprement dite implique que le donateur a la faculté de révoquer la libéralité qu'il fait; or, celui qui donne à sa mort ne se réserve pas le droit de révoquer, il impose une charge à ses héritiers, charge irrévocable, qui n'est ni un legs, ni une donation entre vifs, donc nulle à tous égards, sans que l'on puisse dire cependant que c'est une donation à cause de mort.

§ II. *De la donation.*

99. « La donation entre-vifs est un *acte* par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte » (art. 894). Dans le projet de code civil soumis au conseil d'Etat, la donation était qualifiée de contrat. Le premier consul critiqua cette définition. « Le contrat, dit-il, impose des charges mutuelles aux deux contractants; ainsi cette expression ne peut convenir à la donation. » Cette critique ne fut l'objet d'aucune discussion; on parla sur la question de savoir s'il convenait d'admettre des définitions dans le code; dans le cours de la conversation, Maleville présenta une définition qui remplaçait le mot contrat par celui d'*acte;* ce que le conseil adopta. On a voulu voir dans l'observation du premier consul un de ces traits de lumière par lesquels un homme de génie devine les difficultés qu'il ignore en réalité. C'est une flatterie. Il est vrai que dans l'ancien droit les meilleurs jurisconsultes étaient

(1) Cassation, 22 mars 1848 (Dalloz, 1848, 1, 94).
(2) Rejet de la chambre civile, 18 novembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 465).

divisés sur la question : Furgole soutenait que la donation n'est pas un contrat, parce que son but essentiel est de gratifier le donataire, et que ce serait la dénaturer si l'on voulait le lier par un lien de droit. Cette subtilité n'est pas dans l'esprit du droit français. Ricard, Pothier, Domat s'en tinrent à la réalité des choses. Pourquoi exige-t-on l'acceptation du donataire, si la donation n'est pas un contrat? pourquoi veut-on que le donataire et le donateur soient capables au moment où se fait le concours de consentement? Certes le premier consul ne se doutait pas de cette subtilité quand il critiquait la disposition du projet; ce qu'il dit est tout simplement une erreur; car il suppose qu'il n'y a de contrat que lorsque les deux parties contractent des obligations réciproques, ce qui conduirait à la conséquence qu'un contrat unilatéral n'est pas un contrat; et est-il nécessaire d'ajouter que le contraire est écrit dans l'article 1103? « Le contrat est unilatéral lorsqu'une personne est obligée au profit d'une autre, sans que de la part de cette dernière il y ait d'engagement. » Cette définition s'applique littéralement à la donation. Il est donc certain que la donation est un contrat. Ce n'est pas une question de mots. La donation étant un contrat, il en résulte que les règles générales établies au titre des *Obligations conventionnelles* reçoivent leur application aux donations, à moins que le code n'y déroge (1). Nous verrons plus loin d'autres conséquences du même principe.

100. L'article 894 n'indique pas un des caractères distinctifs du contrat de donation. Il y a des contrats solennels qui n'existent que si les formes prescrites par la loi ont été observées, tandis que dans les contrats non solennels, l'écrit ne sert que de preuve. Les auteurs enseignent que la donation est un contrat solennel. Cela résulte de l'article 893 : « On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs, dans les formes ci-après établies. » Les formes sont donc requises pour l'existence de la donation. Voilà pourquoi l'article 1339 dit qu'une donation, nulle en la forme, ne peut

(1) Coin-Delisle, *Commentaire*, p. 23, n° 7 de l'article 894.

être confirmée : on ne confirme pas le néant. Nous reviendrons, au titre des *Obligations*, sur la théorie des contrats inexistants. Pour le moment, il nous faut voir pourquoi la donation est un contrat solennel, tandis que la vente est un contrat non solennel; et cependant par l'un et l'autre contrat, on transfère la propriété de la chose qui en est l'objet. Nous avons déjà dit la raison historique, traditionnelle (nos 92 et 93). La loi multiplie les formes pour entraver les donations; si elle les voit avec si peu de faveur, c'est qu'elles font sortir les biens des familles, et l'esprit du droit français est que lès biens restent dans les familles. Ce qui est une entrave devient, à d'autres égards, une garantie. Il importe d'assurer la libre volonté de celui qui dispose de ses biens à titre gratuit, parce que les séductions et les captations assiégent le donateur, tandis qu'elles ne sont guère à craindre pour celui qui vend. L'intervention d'un officier public et de témoins tend à garantir le donateur contre ce danger, car le devoir du notaire est de refuser son ministère dès qu'il s'aperçoit que le donateur ne jouit pas d'une entière liberté d'esprit et de volonté.

101. L'article 894 veut que le donateur *se dépouille* actuellement de la chose donnée. Cette expression *se dépouiller* semble dire que le donateur doit livrer la chose au donataire. Il est certain que ce n'est pas là le sens de la loi; car, d'après notre droit moderne, la propriété est transférée par le seul consentement des parties contractantes, c'est-à-dire par la perfection du contrat, encore que la tradition n'en ait pas été faite, dit l'article 1138. Ce principe s'applique à la donation, en ce sens qu'elle transfère la propriété de la chose donnée dès l'instant où le consentement des parties est manifesté dans les formes légales. Que faut-il donc entendre par les mots : *se dépouiller actuellement?* La loi les emploie par opposition au testament, lequel ne dessaisit pas le testateur actuellement, puisqu'il dispose pour le temps où il n'existera plus. Ainsi le légataire n'a qu'une espérance, qui s'évanouit s'il prédécède au testateur; le donataire, au contraire, a un droit actuel, qui est dans son patrimoine, et qu'il trans-

met à ses héritiers, quand même il mourrait avant que la donation eût été exécutée. Peu importe donc la tradition, elle ne fait qu'exécuter la donation, de même que la délivrance de la chose vendue est une exécution de la vente; avant cette délivrance, l'acheteur est propriétaire si la chose est un corps certain et déterminé, ou il a une action contre le vendeur si la chose est indéterminée. Le donataire a aussi un droit irrévocable à l'objet de la donation dès que celle-ci est parfaite, indépendamment de toute tradition (1).

L'article 894 ajoute que le donateur doit se dépouiller *irrévocablement*. Il y a quelque incertitude sur le sens et la portée de l'irrévocabilité des donations; nous y reviendrons. Comme c'est un caractère distinctif des donations, il faut qu'il y ait quelque chose de spécial dans leur irrévocabilité. Tous les contrats sont irrévocables, en ce sens qu'ils tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, et ne peuvent être révoqués que de leur consentement mutuel (art. 1134); les donations sont plus irrévocables que les conventions ordinaires. Dans l'ancien droit, on disait : « Donner et retenir ne vaut, » pour marquer que la donation ne pouvait en rien dépendre de la volonté du donateur : il doit savoir que du moment où il donne, il se dépouille pour toujours de la chose donnée. Pourquoi cette rigueur? Toujours pour entraver les libéralités. On est moins disposé à donner quand on sait que l'on se prive soi-même et à jamais de la chose donnée; le législateur a compté sur cette attache naturelle à ce que nous possédons, et pour la bien faire sentir au donateur, il lui dit que le dessaisissement auquel il va consentir sera perpétuel. Certes, cette pensée a arrêté plus d'une donation dans son premier germe.

C'est pour la même raison que la loi exige une acceptation expresse. Si l'on ne consultait que la nature des conventions et l'intention des parties contractantes, on aurait dû se contenter d'une acceptation tacite, en matière de donation, plutôt qu'en matière de vente; qui n'aime

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 220.

à recevoir une libéralité et ne consent volontiers à l'accepter? Le code renverse donc l'ordre naturel des choses en exigeant une acceptation expresse du donataire, alors qu'il se contente d'une acceptation quelconque de l'acheteur. On chercherait vainement une raison juridique de cette différence; il n'y en a d'autre que l'esprit traditionnel du droit français.

Le code ne dit pas que le donateur se dépouille gratuitement. On lui en a fait une espèce de reproche(1). N'est-ce pas pousser trop loin la rigueur de l'école? Est-ce que la donation par elle-même n'indique pas un titre gratuit, de même que la vente marque un titre onéreux?

§ III. *Du testament.*

102. « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer » (art. 895). Il va sans dire que le testament est un acte et non un contrat; le légataire n'intervient pas dans le testament; pourquoi y figurerait-il alors que le legs ne lui donne aucun droit? On peut même demander si sa présence ne vicierait pas le testament, cet acte devant être l'expression de la seule volonté du testateur. Nous reviendrons sur la question. Le principe que nous venons de rappeler est certain, il était même formulé dans le projet adopté au conseil : la définition portait : « Un acte par lequel le testateur dispose *seul.* » Le Tribunat demanda la suppression de ce mot, comme inutile (2), tellement l'idée qu'il exprime lui paraissait évidente. Il est donc bien entendu que le légataire ne doit pas intervenir au testament; nous dirons plus loin dans quel cas cette intervention vicierait le legs.

Il faut ajouter que le testament est un acte *solennel.* Si la loi ne le dit pas dans l'article 895, c'est qu'elle l'avait

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 416, note 2 du § 646.
(2) Observations de la section de législation du Tribunat, n° 3 (Locré, t. V, p. 290).

déjà dit dans l'article 893, pour le testament aussi bien que pour la donation; et l'article 1001 dit que les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis doivent être observées à peine de nullité. Cela suppose que le testateur a voulu faire un testament solennel, mais qu'il n'a pas observé les formes telles que la loi les prescrit. Une déclaration de dernière volonté sans forme aucune, faite verbalement, n'aurait aucun effet, comme nous le dirons plus loin.

103. Il ne suffit pas qu'un acte soit fait dans les formes voulues par la loi pour être un testament; l'article 895 ajoute que le testateur doit disposer de tout ou partie de ses biens. Il faut donc une disposition de biens, directe ou indirecte, peu importe. En effet, la donation testamentaire est rangée par la loi parmi les actes qui transmettent la propriété (art. 711) : c'est là son objet, c'est dans ce but que le législateur le sanctionne. De là suit qu'un acte fait dans la forme d'un testament, et contenant des déclarations de dernière volonté, sans aucun rapport avec les biens du défunt, ne serait pas un testament et ne vaudrait pas comme tel; c'est dire qu'il serait nul, à moins que la loi n'eût autorisé expressément le défunt à le faire. Ainsi la loi permet au père de nommer un conseil à la mère survivante par acte de dernière volonté; un testament olographe, qui ne contiendrait rien que la nomination d'un conseil, serait donc valable (art. 392). De même le dernier mourant des père et mère peut choisir un tuteur à ses enfants par acte de dernière volonté (art. 398). Le code dit aussi que le tuteur officieux peut conférer l'adoption par acte testamentaire (art. 366); mais ceci n'est plus un simple acte de dernière volonté, il implique une disposition de biens puisque, en adoptant, le testateur dispose de sa succession au profit de l'adopté. L'hypothèque testamentaire rentre dans le même ordre d'idées (loi hyp., art. 44); car hypothéquer, c'est aliéner partiellement; la constitution d'hypothèque est donc une disposition de biens, et dès qu'il y a une disposition quelconque de biens, la définition de l'article 895 est applicable. Hors des cas où la loi permet au défunt de faire une disposition de der-

nière volonté étrangère aux biens, nous croyons que l'acte serait inefficace. Vainement dirait-on que le testament est de droit naturel ; cela veut dire qu'il est de droit naturel que le propriétaire puisse disposer de ses biens pour le temps où il ne sera plus ; cela ne veut pas dire qu'il puisse encore ordonner et défendre, alors qu'il n'existe plus, comme s'il vivait encore. Celui qui ne vit plus n'a pas de volonté à manifester ; quand la loi le lui permet, c'est une exception, et les exceptions sont de stricte interprétation, elles ne s'étendent pas, surtout quand elles consacrent une fiction, et c'est une fiction que de considérer comme vivant celui qui est mort, au point de vue du droit, bien entendu (1).

En quel sens le testateur dispose-t-il de ses biens? L'article 895 répond : « pour le temps où il n'existe plus. » Il ne dispose donc pas actuellement comme le donateur ; sa disposition n'a d'effet que lors de sa mort ; jusque-là il n'y a qu'un projet qui peut ne pas aboutir, soit que le testateur change de volonté, soit que le légataire vienne à prédécéder. De là suit que le légataire n'acquiert aucun droit par le testament, pas même un droit conditionnel, il n'a qu'une simple espérance qui peut s'évanouir d'un instant à l'autre (2).

De quoi le testateur peut-il disposer? De tout ou partie de ses biens, dit l'article 895. Le code déroge ici à l'ancien droit : il n'exige plus une institution d'héritier, comme le droit romain, et il permet au défunt de disposer de tous ses biens, sans distinction de propres et d'acquêts. Toutefois le légataire universel n'est un véritable héritier que lorsqu'il n'y a pas de réservataire ; ce n'est que dans ce cas qu'il est saisi et qu'il représente le défunt. Nous verrons plus loin des conséquences de ce principe. Quand le légataire est en concours avec des réservataires, il n'est qu'un simple successeur aux biens.

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 3[illegible] n° 3 de l'article 895. Zachariæ (t. V, p. 420, § 647) paraît étendre le droit de tester à toute disposition de dernière volonté.

(2) Voyez les observations de Marcadé, qui avoue qu'il s'était trompé dans sa première édition sur ce principe élémentaire (t. III, p. 373, n° III de l'article 895).

104. L'article 895 ajoute un dernier caractère du testament en disant que le testateur peut le révoquer. C'est un caractère essentiel, auquel il ne peut pas être dérogé par une volonté contraire. Un testament irrévocable serait une libéralité distincte du testament et de la donation; or, la loi n'admet d'autres modes de disposer à titre gratuit que la donation et le testament, ce qui exclut tout ensemble une donation révocable et un testament irrévocable. Vainement le testateur déclarerait-il qu'il a le droit de révoquer son testament, et qu'il doit lui être permis de renoncer à un droit établi en sa faveur. On lui répondrait, et la réponse est péremptoire, qu'une renonciation pareille serait un pacte sur une succession future, et toute convention pareille est nulle (art. 1130), sauf dans les cas exceptés par la loi, et la loi ne fait aucune exception en faveur du testateur.

CHAPITRE II.

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE VIFS OU PAR TESTAMENT.

105. Aux termes de l'article 902, « toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables. » Ainsi la capacité est la règle, l'incapacité l'exception, sans qu'il y ait à distinguer entre les donations et les testaments. Jadis il y avait une grande différence entre la donation et le testament; la donation était considérée comme appartenant au droit des gens, tandis que le testament procédait du droit civil. On en concluait que l'étranger était capable de donner, mais incapable de tester. Cette différence a disparu en France et en Belgique. La loi française du 14 juillet 1819 porte, article 1er : « Les articles 726 et 912 du code civil sont abrogés; en conséquence les étrangers auront le droit de succéder, de

disposer et de *recevoir* de la même manière que les Français. » Cette disposition a été reproduite en Belgique par la loi du 27 avril 1865. Nous avons expliqué ces lois en traitant des successions (1).

La capacité étant la règle et l'incapacité l'exception, nous devons voir quelles sont les personnes que la loi déclare incapables de disposer ou de recevoir à titre gratuit. Il n'y a pas d'incapacité sans une loi qui l'établisse, et les incapacités sont de stricte interprétation, comme toute exception; dès que l'on ne se trouve pas dans les termes de l'exception, on rentre dans la règle qui est la capacité. La cour de Paris a fait l'application de ce principe aux notaires. On prétendait que, comme fonctionnaires publics, ils étaient incapables de recevoir une libéralité par des actes auxquels ils concouraient par leurs conseils. La cour a jugé qu'ils sont capables par cela seul qu'aucune loi ne les déclare incapables (2).

SECTION I. — Des personnes incapables de disposer.

§ Ier. *De ceux qui ne sont pas sains d'esprit.*

106. L'article 901 porte que « pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit. » Dans son rapport au Tribunat, Jaubert dit : « Cet article a d'abord causé quelque surprise. Ne faut-il pas être sain d'esprit pour tous les actes? Pourquoi donc la loi l'exige-t-elle particulièrement pour les dispositions à titre gratuit? » Il y a plus : la loi ne dit pas pour les contrats ce qu'elle dit des donations et testaments. Il est cependant de toute évidence que pour contracter il faut être sain d'esprit; le consentement est une condition essentielle requise pour l'existence même d'une convention; or, celui qui n'est pas sain d'esprit ne peut pas consentir. La santé d'esprit est donc impliquée dans la condition du consen-

(1) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, nos 549 et suiv. Comparez Pothier, *Introduction au titre XV de la coutume d'Orléans*, no 4, *et au titre XVI*, no 33.

(2) Paris, 3 mai 1872 (Dalloz, 1872, 2, 199).

tement. Si cela suffit pour les contrats à titre onéreux, pourquoi cela ne suffit-il pas pour les donations, qui se parfont aussi par le consentement, et pour les testaments, qui exigent également une manifestation de volonté? Le législateur a cru devoir dire d'une manière spéciale, pour les donations et les testaments, ce qu'il se contente de dire implicitement pour les contrats, parce qu'il y a pour les actes à titre gratuit quelque chose de spécial. « C'est surtout, dit le tribun Jaubert, pour les dispositions à titre gratuit que la liberté de l'esprit et la plénitude du jugement sont nécessaires. Le plus souvent l'homme ne dispose, surtout par testament, que dans ses derniers moments. Alors, que de danger pour le malade! que d'embûches de la part de ceux qui l'entourent (1)! » Ce n'est pas seulement la maladie qui est à craindre; on peut, en pleine santé du corps, n'être pas sain d'esprit. Nous ne parlons pas de la démence, qui est l'absence complète de la raison. Les facultés intellectuelles peuvent ne pas être altérées, et néanmoins l'esprit peut ne pas être sain. Il y a bien des causes qui troublent l'esprit et lui enlèvent la liberté, sans laquelle il n'y a point de manifestation valable de la volonté. Pour les actes à titre onéreux, les causes qui obscurcissent l'intelligence sont moins à redouter; les parties contractent d'ordinaire des obligations réciproques, dont l'une est l'équivalent de l'autre, les surprises sont donc moins à craindre : les actes étant intéressés de leur nature, chacune des parties veille naturellement à son intérêt. Tandis que les actes à titre gratuit sont désintéressés de leur essence, c'est de la part du disposant une abdication de son intérêt personnel ou de l'intérêt de sa famille; le donateur préfère le donataire à lui-même, le testateur préfère le légataire à ses parents souvent les plus

(1) Jaubert, Rapport au Tribunat, n° 9 (Locré, t. V, p. 344). Les paroles de Jaubert sont souvent citées dans les arrêts (Bruxelles, 29 mai 1860, *Pasicrisie*, 1861, 2, 380). D'Aguesseau s'exprime de la même manière dans son plaidoyer du 10 janvier 1696. « Il faut, dit-il, pour tester, une sagesse moins équivoque, une raison plus éclairée, une volonté plus ferme que pour s'obliger dans un contrat. » Merlin combat cette doctrine sans aller au fond de la difficulté (*Répertoire*, au mot *Testament*, sect. I, § I, art. 1, n° 3; t. XXXIII, p. 253 et suiv.).

proches ou les plus nécessiteux. C'est un noble sentiment que celui de la bienfaisance, de la charité; mais il n'y en a pas qui s'égare plus facilement et dans lesquels la passion joue un plus grand rôle. Et c'est précisément celui qui reçoit la libéralité qui est intéressé à égarer celui qui la fait.

Ajoutons une considération que le législateur perd souvent de vue et, à sa suite, les interprètes. Quel est le but des dispositions à titre gratuit? Quel en est l'effet? C'est de remplacer l'ordre de succession consacré par la loi par un ordre qui est le produit de la volonté du disposant. Nos anciennes coutumes disaient que c'est Dieu qui fait les héritiers, et il y a une profonde vérité dans cette maxime; c'est dire que la succession *ab intestat* est la règle et que le testament ne saurait être qu'une rare exception. Permettra-t-on à un homme dont la raison n'est pas saine, dont la conscience n'est pas éclairée, dont l'intelligence est aveuglée par l'ignorance ou la passion, de défaire ce que le législateur a fait, ou pour parler le langage de nos coutumiers, de mettre une volonté irréfléchie, viciée, arbitraire à la place de la volonté de Dieu? Les coutumes n'avaient pas tort de limiter la faculté de disposer, afin de conserver les biens à ceux que Dieu lui-même y appelle en les faisant naître dans la famille à laquelle ils appartiennent. On veut bannir Dieu de nos lois; nous doutons que les lois s'en trouvent mieux. Notre avis serait d'écouter la voix de Dieu de préférence aux passions des hommes. C'est dans cet esprit que la loi aurait dû organiser le principe qu'elle pose dans l'article 901 : elle ne l'a pas fait, et l'interprète ne peut pas combler la lacune.

N° 1. DES INTERDITS.

107. Il ne faut pas confondre les principes qui régissent l'interdiction avec le principe que le code formule dans l'article 901. La distinction est élémentaire, cependant de grands jurisconsultes s'y sont trompés, comme nous le dirons plus loin (nos 113-139). Il y a des analogies, mais il y a aussi des différences profondes. Aux

termes de l'article 489, l'interdiction ne peut être prononcée que lorsqu'une personne se trouve dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. L'article 901 n'exige pas que la folie soit habituelle pour qu'elle entraîne l'incapacité de disposer; il suffit que le donateur ne soit pas sain d'esprit pour que la disposition soit nulle. Ainsi il n'est pas même nécessaire qu'il y ait folie proprement dite; car on peut très-bien n'être pas sain d'esprit, quoiqu'on ne soit pas frappé d'aliénation mentale (1). Lorsque les facultés intellectuelles sont altérées, la personne aliénée ne peut être interdite que si son état de folie est habituel; tandis que la donation qu'elle fera sera nulle si, au moment où elle dispose, elle n'est pas saine d'esprit. La raison de la différence entre l'interdiction et l'incapacité de disposer à titre gratuit est très-simple. Quand le juge interdit une personne, il la prive de l'exercice de ses droits civils pour tout ce qui concerne ses intérêts pécuniaires, il en résulte une présomption d'incapacité contre laquelle la preuve contraire n'est pas admise; on conçoit donc que des actes isolés de démence ne suffisent pas pour frapper d'incapacité une personne qui jouit de la plénitude de ses droits. Il en est tout autrement quand le juge est appelé à décider si une donation ou un testament est valable. Le disposant était-il capable de manifester sa volonté lors de l'acte, c'est là tout ce que le juge a à examiner : il annulera la disposition si à ce moment le donateur ou le testateur n'était pas sain d'esprit : il la maintiendra si le disposant avait la capacité nécessaire lorsqu'il a donné ou testé.

108. Lorsque l'interdiction a été prononcée, la loi établit une présomption d'incapacité contre l'interdit, pour mieux dire, en sa faveur; et contre cette présomption légale, elle n'admet pas de preuve contraire : « Tous actes passés postérieurement par l'interdit sont nuls de droit » (art. 502). Cette disposition est-elle applicable aux donations et aux testaments? L'affirmative est si évidente que nous n'aurions pas posé la question si Merlin ne s'était prononcé pour

(1) Ricard en a déjà fait la remarque, t. I, p. 38, n° 154.

l'opinion contraire. Nous avons une profonde estime pour le grand jurisconsulte, mais il a les défauts de ses qualités, et nous voulons appeler l'attention de nos jeunes lecteurs sur ces défauts, parce qu'on les rencontre chez la plupart de ceux qui passent leur vie dans l'étude des lois. Logicien avant tout, Merlin est conduit souvent, par l'abus de la logique, à une interprétation mécanique des lois; sans doute, les principes sont la base de notre science, et l'on ne saurait trop y insister; mais il faut se garder de les manier comme des formules algébriques. Le droit est une face de la vie, et la vie ne se gouverne pas par des formules absolues; il faut donc toujours tenir compte de l'esprit de la loi quand on applique les principes. Placée sur ce terrain, notre question est très-simple. L'article 502 dit que *tous actes* passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction sont nuls de droit; les donations et les testaments sont compris dans l'expression générale d'*actes*, ce sont même les *actes* par excellence puisque la loi les qualifie ainsi. Cela suffit déjà pour décider la question : la loi étant générale, il n'est pas permis à l'interprète d'y introduire une distinction, à moins que l'esprit de la loi ne la commande. Or, dans l'espèce, l'esprit de la loi est tout aussi général que son texte. Nous avons dit ailleurs, et tout le monde est d'accord sur ce point, que la loi a voulu frapper les interdits d'une incapacité absolue pour tous les actes pécuniaires qu'ils sont dans le cas de faire. C'est une protection qu'elle leur accorde pour les garantir contre la faiblesse de leur raison. Et la loi leur refuserait cette protection quand il s'agit d'actes pour lesquels elle vient même au secours de ceux qui jouissent de leurs facultés intellectuelles! Quoi! la loi a cru devoir assurer des garanties spéciales aux donateurs et aux testateurs, et elle leur refuserait la garantie générale qu'elle accorde pour toute espèce d'actes! Il y aurait là une contradiction qui serait une vraie absurdité. Nous concluons que l'article 502 doit être appliqué aux donations et testaments.

Qu'est-ce que Merlin objecte? Il y a deux autres articles qui s'occupent également des *actes* qu'une personne aliénée fait : les *actes* antérieurs à l'interdiction peuvent être an-

nulés, dit l'article 503; quant aux *actes* faits par une personne non interdite, ils ne peuvent être attaqués après sa mort, d'après l'article 504. Or, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre que, dans les articles 503 et 504, le mot *actes* ne comprend pas les dispositions à titre gratuit. Le même mot peut-il avoir un sens différent dans trois articles qui se suivent et qui se tiennent? Voilà un exemple de l'interprétation mécanique contre laquelle nous voulons mettre nos lecteurs en garde. Si les articles 503 et 504 ne sont pas appliqués aux donations et aux testaments, c'est qu'il résulte de la nature même de ces dispositions qu'elles ne peuvent recevoir leur application qu'aux actes à titre onéreux, comme nous allons le démontrer; pour limiter l'article 504 aux actes à titre onéreux, nous avons de plus la volonté du législateur. Ces articles d'ailleurs sont exceptionnels, ce qui justifie l'interprétation restrictive qu'on leur donne, tandis que l'article 502 forme le droit commun en matière d'interdiction, et, à ce titre, il doit recevoir son application à tous les cas qui peuvent se présenter.

Merlin invoque l'article 502 lui-même pour en écarter l'application aux donations et aux testaments. « L'interdiction, y est-il dit, ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit. » Si le mot *actes* comprend les testaments, dit Merlin, il en résultera que la personne placée sous conseil ne pourra pas tester; or, il est bien certain qu'elle est capable de tester, à moins qu'elle ne soit pas saine d'esprit; dans ce cas, on applique l'article 901; c'est donc cet article qui décide la question de capacité ou d'incapacité pour les personnes placées sous conseil, par conséquent aussi pour les interdits, puisque l'article 502 les met sur la même ligne. Encore une interprétation mécanique! Lorsque la loi parle des actes faits par l'interdit et par la personne placée sous conseil, elle n'entend certes pas les mettre sur la même ligne quant à leur capacité, puisque l'un est frappé d'incapacité absolue, et l'autre n'est incapable que pour certains actes déterminés par la loi. Il faut

donc introduire dans la loi une distinction qui résulte des textes et dire : *tous actes* passés par l'interdit sont nuls, parce que son incapacité est générale; quant aux personnes placées sous conseil, leurs actes sont aussi nuls, s'il s'agit d'actes que la loi leur défend; mais comment la loi annulerait-elle des actes qu'elle leur permet? En définitive, l'article 502 est décisif en ce qui concerne l'interdit, puisque son incapacité est générale; quant à la personne placée sous conseil, il faut voir quels actes lui sont défendus; aux actes qui ne lui sont pas défendus, il faut appliquer les principes généraux, donc l'article 901, pour les donations et testaments (1).

108 *bis*. L'opinion que nous suivons n'est pas admise par tous les auteurs. Nous mentionnons ces dissidences parce qu'il s'agit d'une question de principes, et pour montrer combien il règne d'incertitude sur les principes en cette matière comme en tant d'autres. Coin-Delisle, dont M. Demolombe a adopté l'opinion, distingue entre les donations et les testaments : il enseigne, comme Merlin, que les interdits peuvent tester dans un intervalle lucide ; il ne croit pas qu'ils puissent faire une donation alors même qu'ils jouiraient de leur raison. Cette distinction est en opposition avec les termes généraux de l'article 502. De deux choses l'une : ou l'article 502 est applicable aux dispositions à titre gratuit, et alors l'interdit ne peut pas plus tester que donner : ou l'article 502 ne concerne que les actes à titre onéreux, et dans ce cas on reste sous l'empire de l'article 901 pour les donations et les testaments; par conséquent l'interdit pourra donner aussi bien que tester dans un intervalle lucide. Si l'on consulte le texte de la loi, la question n'est pas douteuse, elle ne l'est pas davantage si l'on s'en tient à l'esprit de la loi. C'est précisément pour garantir l'interdit et sa famille contre le danger des actes qu'il pourrait passer pendant les intervalles dits lucides que le législateur a organisé l'interdiction ; comme on l'a très-bien dit, l'aliéné est interdit parce

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, section I, § I, art. 1, n° 6 (t. XXXIII, p. 276). En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 422, note 3 du § 648, et les auteurs qu'ils citent.

qu'il a des intervalles lucides (1). Au point de vue des principes, il n'y a donc aucune raison de distinguer entre les donations et les testaments; les actes de dernière volonté sont même beaucoup plus dangereux pour la famille; or, l'interdiction est prononcée dans l'intérêt de la famille autant que dans celui de l'aliéné. Sur quoi se fonde-t-on pour distinguer là où la loi ne distingue pas? On invoque l'article 511, d'après lequel la dot de l'enfant de l'interdit est réglée par le conseil de famille, dont l'avis doit être homologué par le tribunal. Qu'est-ce que cette disposition a de commun avec les intervalles lucides? Elle ne prouve qu'une chose, c'est l'incapacité absolue dont l'aliéné est frappé après le jugement d'interdiction : c'est donc une application de l'article 502; et si la loi l'applique aux donations, pourquoi se refuser à l'appliquer aux testaments? On répond que l'article 509 assimile l'interdit au mineur pour sa personne et pour ses biens; or, le mineur ne peut pas faire de donation, tandis que la loi lui permet de tester (art. 903 et 904) (2). Encore une fausse application de la loi! L'article 509 est étranger à la capacité de l'interdit, elle est réglée par les articles qui précèdent. En quel sens donc l'article 509 assimile-t-il l'interdit au mineur? La loi elle-même nous le dit, car l'article 509 ajoute : « Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits. » Inutile d'insister sur ce point, nous l'avons démontré ailleurs (3).

Dalloz fait une autre distinction. Il admet avec Merlin que l'interdit peut tester dans un intervalle lucide. Mais à qui sera-ce à prouver qu'il était dans un intervalle lucide quand il a fait son testament? Au légataire, parce que l'interdiction emporte une présomption de folie que le légataire doit combattre. Tandis que si l'interdiction n'avait pas été prononcée, ce serait aux héritiers à prouver que le testateur n'était pas sain d'esprit au moment où il a

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 293, n° 250.
(2) Coin-Delisle, p. 82, n° 10 de l'article 901. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 25 et suiv., note 24. Demolombe, t. XVIII, p. 399, C, n° 371, et t. VIII, n°s 633 et suiv.
(3) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 360, n° 304.

testé. Ce dernier point est évident puisque c'est l'application des principes généraux sur les preuves. Quant à la première hypothèse, on oublie que l'article 502 établit une présomption absolue d'incapacité, présomption qui n'admet aucune preuve contraire. Donc dès que l'on invoque le jugement d'interdiction à titre de présomption, il en résulte que l'interdit ne peut tester (1).

109. L'article 503 porte que les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits. On demande si cette disposition est applicable aux donations et aux testaments. La doctrine et la jurisprudence se prononcent pour la négative. N'est-ce pas le résultat d'un malentendu? On croit généralement que l'article 503 impose au demandeur en nullité une preuve plus rigoureuse que celle qu'il devrait faire d'après le droit commun, tandis que le but de la loi a été, au contraire, de lui faciliter la preuve. Il n'est pas tenu de prouver que l'aliénation mentale existait au moment même de l'acte, preuve très-difficile à faire; il suffit qu'il établisse qu'il était *notoire* qu'à *l'époque* où l'acte a été fait, l'interdit se trouvait dans un état habituel de folie (2). Qui doit faire la preuve, dans l'espèce? Les héritiers qui attaquent la donation ou le testament. S'ils ne peuvent pas invoquer l'article 503, ils seront tenus de prouver que le disposant n'était pas sain d'esprit au moment même où il a donné ou testé. Certes la preuve de l'article 503 serait plus facile; et il n'y a aucune raison ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi, pour ne pas appliquer cette disposition aux donations et testaments. On objecte que la preuve de la *notoriété* suppose que des tiers ont contracté avec l'aliéné, donc des actes à titre onéreux, dans lesquels on a abusé du malheureux état de l'aliéné pour lui faire souscrire des conventions désavantageuses. La réponse est simple et péremptoire : dans la donation, il y a aussi un tiers qui abuse de la folie du donateur pour lui sur-

(1) Dalloz, au mot *Donation*, n° 220. Comparez le tome V de mes *Principes*, p. 365, n° 308.
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 373, n° 313.

prendre des libéralités, c'est le donataire ; et si dans les testaments le tiers intéressé ne figure point, s'il se cache, il n'agit pas moins, le légataire aussi abuse de la folie du testateur ; donc on est dans le texte et dans l'esprit de l'article 503 (1). Dans l'opinion générale, on ne demande pas la preuve de la notoriété, on se contente de la preuve que l'interdit était dans un état habituel de folie (2) : c'est demander trop et trop peu : trop, parce qu'il suffit que le disposant ne soit pas sain d'esprit au moment où il donne ou teste ; il n'est pas nécessaire que l'aliénation soit habituelle : trop peu, car l'aliénation habituelle ne prouve pas que le disposant fût en état de folie lors de l'acte, et c'est là ce qu'il faut prouver si l'on écarte l'article 503 (3).

110. L'article 504 porte : « Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué. » Cet article s'applique-t-il aux donations et testaments? Au premier abord, on est tenté de répondre affirmativement. L'article 504 fait suite aux articles 502 et 503, qui parlent des *actes* faits par une personne interdite après ou avant son interdiction ; l'article 504 parle également des *actes* que fait un individu non interdit ; le terme étant le même, pourquoi le mot *actes* n'aurait-il pas le même sens dans l'article 504 que dans les articles 502 et 503? L'esprit de la loi paraît en harmonie avec le texte : pourquoi ne permet-elle pas d'attaquer pour cause de folie les actes faits par une personne qui n'a pas été interdite? Parce que, après la mort, la preuve de la folie du défunt est d'une difficulté extrême, et serait parfois impossible ; on a craint de faire dépendre d'une preuve aussi chanceuse le sort des actes qu'il a faits. Certes, il est aussi difficile

(1) Voyez les autorités citées par Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n° 214, et par Demolombe, t. XVIII, p. 384, n° 356. Rejet, 25 février 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 216). Bruxelles, 9 janvier 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 301).

(2) Demante, t. IV, p. 40, n° 17 *bis* IV.

(3) Bruxelles, 6 juin 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 392). Comparez l'arrêt de Bruxelles cité à la note 1.

de prouver la démence d'un donateur ou d'un testateur que de prouver la folie d'un vendeur ou d'un bailleur. Pourquoi donc distingue-t-on là où la loi ne distingue pas?

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que l'article 504 n'est pas applicable aux donations et testaments. Merlin a soutenu cette opinion devant la cour de cassation, qui l'a consacrée; depuis lors la jurisprudence est constante en ce sens. La cause dans laquelle Merlin a pris la parole offre plus d'un enseignement. Voici les faits. En l'an IX, une femme, mère de plusieurs enfants et d'un âge fort avancé, fait devant deux notaires un testament par lequel, entre autres dispositions, elle lègue à l'hospice des incurables de Poitiers la portion qui pourra lui revenir dans les biens nationaux provenant de l'Eglise, acquis par son mari, et de ceux qu'il pourra acquérir dans la suite. La testatrice avait été frappée de paralysie deux ans avant son testament; elle était absolument privée de l'usage de ses facultés intellectuelles; elle avait la langue tellement épaissie, qu'elle ne pouvait articuler un seul mot qui pût être compris. A l'époque même du testament, plusieurs personnes essayèrent de lui parler, et n'obtinrent d'autre réponse qu'un rire insignifiant ou des mouvements de tête en tous sens et inintelligibles. Le jour du testament, le curé de Maillé, qui savait que tous les habitants de la maison étaient absents, s'y introduisit avec un notaire; il fit porter la malade dans une chambre écartée, sur le derrière de la maison, celle où elle se tenait ordinairement donnant sur la rue; il écarta deux filles qu'on avait laissées à la malade pour la soigner, il barra la porte et resta seul dans la chambre avec le notaire. L'acte constatait que la testatrice était saine d'esprit, mémoire, jugement et entendement, ainsi qu'il est apparu aux notaires, par ses gestes, paroles, maintien et la conversation qu'ils ont eue avec elle. Depuis le décès de la testatrice, les chaires retentissaient de sermons contre les enfants qui refusaient de satisfaire aux dernières volontés de leurs mères. Tout commentaire est inutile : le testament était l'œuvre du curé, les notaires avaient mis une coupable complaisance à le recevoir. Les

enfants l'attaquèrent; on leur opposa l'article 504; la cour de Poitiers annula le testament. Sur le pourvoi, intervint un arrêt de rejet conforme aux conclusions de Merlin. Il allègue un argument de texte que nous ne pouvons pas accepter. L'article 504, dit le procureur général, est la suite de l'article 503; celui-ci ne s'applique qu'aux actes à titre onéreux, il en doit donc être de même de l'article 504. Cette argumentation est chanceuse, car le sens que Merlin donne à l'article 503 est pour le moins douteux (n° 109). Il n'y a, à vrai dire, qu'un seul argument en faveur de l'opinion générale, mais il nous paraît décisif, c'est la discussion du projet de code civil au conseil d'Etat. L'article 901 était ainsi conçu : « Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit. *Ces actes ne pourront être attaqués pour cause de démence que dans les cas et de la manière prescrits par l'article* 504. » Ainsi, d'après le projet, la disposition actuelle de l'article 901 était étrangère à la démence; dans la pensée des rédacteurs, la démence était régie par l'article 504. Lors de la discussion, la seconde partie de l'article, celle qui se référait à l'article 504, fut critiquée par tous les conseillers qui prirent la parole. Cambacérès trouvait la disposition trop absolue: elle empêcherait souvent les héritiers d'agir, dit-il, et cependant l'esprit général de la loi est de les favoriser. Tronchet attaqua l'article 504, et non sans raison. Pourquoi défend-il aux héritiers de demander la nullité des actes faits par le défunt? Parce qu'ils n'ont pas provoqué son interdiction. Est-ce à dire que le silence de la famille témoigne que le défunt était sain d'esprit? Si les parents restent dans l'inaction, c'est qu'ils espèrent le rétablissement du malade; c'est par égard pour lui et les siens que l'on cache son état. Faut-il valider pour cela tous les actes qu'il aura faits? Le conseil d'Etat inclinait à retrancher la seconde partie de l'article 904. Cela aurait un inconvénient, dit Muraire; les tribunaux pourraient croire que l'article 504 reste applicable aux donations et testaments, parce qu'il paraît absolu. Tronchet ne voulait pas aller aussi loin; il craignait que les réclamations des héritiers ne fussent

admises trop légèrement; il aurait voulu modifier seulement l'article 504, en exigeant un commencement de preuve par écrit. Cambacérès ne partageait pas cet avis, d'après lui, il fallait donner une grande latitude à la preuve : la première partie de l'article qui exige que le testateur soit sain d'esprit suffit, il faut abandonner l'application aux tribunaux. Tronchet insista, disant qu'il y aurait danger, sinon pour les donations, du moins pour les testaments, puisque le testateur n'est plus là pour défendre son œuvre. Emmery dit, au contraire, que l'article 504 ne concernait ni les donations ni les testaments. Le conseil adopta la première partie de l'article; il ajourna la seconde jusqu'après un nouvel examen de l'article 504 (1). Ce nouvel examen n'eut jamais lieu. Que conclure? Il reste un doute; cela est si vrai que Maleville, qui assista à la discussion, soutient que l'article 504 est applicable aux donations et aux testaments. Merlin est plus dans le vrai en disant qu'aucun des orateurs ne voulait de l'application pure et simple de l'article 504, qu'il n'y avait de dissentiment que sur le genre de preuve que les héritiers devaient administrer(2). La conclusion logique est donc celle-ci : les héritiers sont admis à attaquer les donations et testaments; quant à la preuve qu'ils doivent faire, elle reste soumise au droit commun, puisque la proposition de Tronchet n'a eu aucune suite.

Ce qui nous décide à adopter cette opinion, c'est qu'elle est plus en harmonie avec les vrais principes que l'application pure et simple de l'article 504. Cet article implique un non-sens, si on l'applique aux donations et testaments. Il veut que les héritiers provoquent l'interdiction pour avoir le droit d'attaquer les actes de leur parent. Or, pour quelle cause peut-on demander l'interdiction? Il faut que la démence soit habituelle; si elle n'est qu'accidentelle,

(1) Séance du 14 pluviôse an XI, nos 21 et 22 (Locré, t. V, p. 219).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. I, § I, art. 1, no 2 (t. XXXIII, p. 242 et suiv.). C'est l'opinion commune. Voyez les autorités et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Dispositions*, no 198. La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens. Nous nous bornerons à citer quelques arrêts; la plupart sont à peine motivés. Bruxelles, 24 avril 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 114); Gand, 2 février 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 29); Liége, 29 décembre 1860 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 54).

la demande n'est pas recevable. Cependant la démence, même momentanée, suffit pour que l'on ne puisse pas tester ni donner. Les héritiers prétendent que le défunt était en état de démence lors de la donation ou du testament, bien que sa démence ne fût pas habituelle ; que leur dit la loi? « Vous n'êtes pas recevables, parce que vous n'avez pas provoqué l'interdiction. » Et la loi les empêchait de la provoquer parce que la démence n'était pas habituelle! Conçoit-on que le législateur déclare les héritiers non recevables à demander la nullité d'un testament par la raison qu'ils n'ont pas provoqué l'interdiction, alors qu'ils n'avaient pas le droit de la provoquer? Quant à l'objection tirée de la difficulté et de l'incertitude de la preuve, elle regarde les tribunaux; ils n'annuleront pas si la preuve n'est pas suffisante.

N° 2. DES PERSONNES PLACÉES SOUS CONSEIL.

111. Les faibles d'esprit et les prodigues peuvent être placés sous conseil. Ils sont frappés d'une incapacité relative en ce sens qu'ils ne peuvent faire, sans l'assistance de leur conseil, les actes énumérés dans les articles 499 et 513. Quant aux actes qui ne leur sont pas défendus, ils ont capacité de les faire, en ce sens qu'on leur applique le droit commun. C'est d'après ce principe qu'il faut décider si les personnes placées sous conseil peuvent disposer de leurs biens à titre gratuit. On distingue. La loi leur défend d'aliéner sans l'assistance d'un conseil ; or, donner, c'est aliéner, et aliéner sans équivalent ; donc les faibles d'esprit et les prodigues ne peuvent faire de donation qu'avec l'assistance de leur conseil. La donation qu'ils feraient sans assistance serait nulle de droit, aux termes de l'article 502. Faite avec l'assistance du conseil, elle est valable. Ce qui ne veut pas dire qu'elle ne puisse être attaquée. L'assistance du conseil couvre seulement l'incapacité des prodigues et des faibles d'esprit, elle les assimile aux personnes qui jouissent de la plénitude de leurs droits, mais elle ne leur donne pas une capacité plus grande, elle ne garantit pas leurs actes contre toute ac-

tion en nullité. Donc les parties intéressées pourront attaquer la donation en prouvant que le donateur n'était pas sain d'esprit au moment de l'acte (1).

112. Le testament n'est pas compris parmi les actes qui sont défendus aux individus placés sous conseil. On ne peut pas dire que léguer c'est aliéner, car le testateur ne dispose que pour le temps où il n'existera plus : il dépouille ses héritiers, il ne se dépouille pas lui-même. Pour le prodigue, cela ne fait aucun doute. Quoi qu'en disent les jurisconsultes romains, la prodigalité n'est pas une folie. Donc rien n'empêche les prodigues de tester, si, abstraction faite de leur défaut, ils sont sains d'esprit. Il y a un léger doute quant aux faibles d'esprit. On objecte qu'ils ne sont pas sains d'esprit, que par conséquent ils ne peuvent pas tester. La cour de Paris répond très-bien que la faiblesse d'esprit n'est pas l'insanité (2), et qu'elle a ses degrés. C'est aux tribunaux à l'apprécier; si, au moment où il teste, le faible d'esprit n'était réellement pas sain d'esprit, le tribunal annulera l'acte. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens (3). Il a été jugé, par application de ces principes, que la personne placée sous conseil peut révoquer un testament antérieur : révoquer un testament, c'est aussi disposer de ses biens à cause de mort, puisque c'est revenir à l'ordre des successions qui est déterminé par la loi (4).

Telle est la loi; n'est-elle pas trop indulgente pour les caprices d'une volonté peu éclairée? N'oublie-t-elle pas que le testament est une dérogation à l'ordre naturel des successions, ordre qui se fonde sur le lien du sang, c'est-à-dire sur la volonté de Dieu? N'est-il pas contraire à la raison d'admettre qu'un prodigue, qu'un simple d'esprit soient plus sages que le législateur, et qu'ils corrigent l'œuvre de la nature? La jurisprudence vient à l'appui de nos doutes. On a maintenu un testament fait par un indi-

(1) Duranton, t. VIII, p. 191, nº 170. C'est l'opinion commune.

(2) Paris, 24 avril 1869 (Dalloz, 1870, 2, 221).

(3) Dijon, 14 mai 1847 (Dalloz, 1848, 2, 58), confirmé par un arrêt de rejet du 14 février 1849 (Dalloz, 1851, 5, 176). Comparez Duranton, t. VIII, p. 188, nº 168 et p. 189, nº 169, et tous les auteurs.

(4) Arrêt précité (note 2) de Paris.

vidu placé sous conseil. Or, voici l'avis que le conseil de famille avait donné sur l'état des facultés intellectuelles du testateur, lors de la demande faite par un parent pour qu'il lui fût nommé un conseil judiciaire. Il était alors âgé de 77 ans. « Depuis sa naissance, dit la famille, il a été d'une faiblesse d'esprit qui l'a réduit, toute sa vie, à un état d'imbécillité et de perpétuelle enfance. Cette espèce de démence, sans être dangereuse et avoir rien de malfaisant pour la société, s'est constamment manifestée par l'incapacité absolue de se livrer au moindre travail qui exige quelque intelligence, et l'a toujours rendu inhabile à régir ses biens, même à gouverner sa personne (1). » Voilà bien le portrait d'un idiot. Et c'est à un idiot que l'on permet de défaire ce que le législateur a fait! c'est un idiot qui, selon l'expression de d'Aguesseau, sera présumé plus sage que la loi! Sans doute, il peut arriver qu'un simple d'esprit ait assez d'intelligence pour sentir la reconnaissance qu'il doit à des parents qui le soignent; on doit lui permettre de les récompenser. Mais il suffisait pour cela de lui donner une capacité relative, comme le code le fait pour le mineur. Après tout, les simples d'esprit, les prodigues mêmes sont des mineurs, puisqu'on est obligé de leur donner un conseil : est-il logique de permettre à un majeur faible d'esprit de disposer de tous ses biens, alors que le mineur de vingt ans ne peut disposer que d'une fraction?

113. Les jugements qui interviennent sur l'état des facultés intellectuelles d'une personne dont on provoque l'interdiction forment-ils chose jugée, quand il s'agit d'apprécier si cette personne est saine d'esprit, dans le sens de l'article 901? On suppose que les parents demandent qu'elle soit interdite; le tribunal rejette la demande, mais usant du droit que lui donne l'article 499, il nomme un conseil judiciaire au défendeur. Celui-ci fait un testament : les héritiers peuvent-ils l'attaquer pour cause d'insanité d'esprit? Il a été jugé par la cour de cassation qu'il

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. I, § I, art. I, n° III (t. XXXIII, p. 251). Comparez l'arrêt d'Aix du 14 février 1808 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 223).

n'y a pas chose jugée, parce que l'objet de la seconde instance n'est pas le même, ce qui exclut l'exception de chose jugée (art. 1351) (1). En effet, qu'a décidé le premier jugement? Que l'individu dont on provoquait l'interdiction n'était point dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Que demande-t-on par la seconde action? Qu'il soit décidé que le testateur n'était pas sain d'esprit. Or, l'insanité est tout autre chose que l'état habituel d'aliénation. Donc si le second juge annulait le testament pour insanité, sa décision ne détruirait pas la présomption de vérité attachée à la première; partant il n'y a pas chose jugée. Merlin critique la jurisprudence. Un homme aura été jugé ne devoir pas être interdit, et un héritier viendra prétendre après sa mort que les actes qu'il a faits depuis le rejet de la demande tendant à son interdiction doivent être déclarés nuls! N'est-ce pas soutenir qu'il aurait dû être interdit, alors qu'il a été jugé qu'il ne devait pas l'être? Merlin oublie que l'état intellecteul d'une personne s'apprécie différemment selon qu'il s'agit de l'interdire pour cause d'aliénation mentale habituelle, ou selon qu'il s'agit d'annuler on testament pour insanité d'esprit. Nous n'insistons pas sur cette erreur, elle est évidente (2).

N° 3. DES ALIÉNÉS NON INTERDITS.

114. Un aliéné non interdit fait un testament. L'acte peut être attaqué par ses héritiers. Que doivent-ils prouver? Il faut voir d'abord si l'aliéné a été placé dans un hospice; nous avons examiné ailleurs la question de savoir quel est le sort des actes qu'il fait pendant sa collocation (2). Nous supposons que l'aliéné n'a pas été colloqué. Faudra-t-il que les héritiers prouvent qu'il se trouvait dans un état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur? C'est la preuve qu'ils doivent faire quand ils provoquent l'interdiction (art. 489). L'article 901 a un tout

(1) Rejet du 17 mars 1813 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 199).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. I, art. I, § I, n° III (t. XXXIII, p. 257). Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 384, n° 357.

autre objet. Les héritiers prétendent que le testateur n'était pas sain d'esprit, ils soutiennent qu'il était frappé d'aliénation mentale; est-ce un état habituel de folie qu'ils invoquent? Non, ils demandent à prouver que, lors du testament, le testateur ne jouissait pas de sa raison; il suffit pour cela que la folie ait été momentanée, accidentelle. Cela a été jugé ainsi (1), et cela ne fait pas de doute. Par contre, si le testateur était sain d'esprit lorsqu'il a testé, le testament sera valable, alors même qu'antérieurement il aurait eu des accès de démence (2).

115. Qu'entend-on par folie ou par aliénation mentale? C'est moins une question de médecine qu'une question de droit, et elle se résout en une question de fait. L'article 901 ne parle pas de folie, à la différence de l'article 489 qui exige un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, pour que l'interdiction puisse être prononcée. D'après l'article 901, les donations et testaments doivent être annulés si le disposant n'était pas sain d'esprit. Lors donc que les héritiers agissent en nullité, ils doivent prouver qu'il n'avait pas, au moment de l'acte, la santé d'esprit qui est requise pour la manifestation de la volonté. Il ne s'agit pas de savoir quel est le genre de folie, ce qui est une question de médecine; il s'agit de décider si, au moment où l'acte a été passé, le disposant jouissait de sa raison, ce qui est une question de fait que le juge décidera d'après les témoignages de ceux qui ont été en rapport avec le malade. Sans doute, si des médecins l'ont traité, leur témoignage sera d'une grande autorité; mais c'est moins un avis qu'on leur demande qu'une déposition sur les faits dont ils ont été témoins. Les médecins ont parfois des préjugés de théorie, de système, et ils prétendent imposer leurs opinions au juge. Troplong a raison de protester contre ces prétentions : ce n'est pas le médecin qui juge, c'est le magistrat. Par contre, les médecins auraient quelque droit de se plaindre si les jurisconsultes, au lieu d'écouter les gens de l'art, se met-

(1) Rejet du 10 mars 1824 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 204, 4°). Bruxelles, 4 novembre 1858 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 374).

(2) Douai, 21 juillet 1811 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 205, 4°).

taient à construire des théories médico-légales. C'est ce que Troplong a fait en écrivant une dissertation sur la monomanie, qui, d'après lui, enlève toujours au malade la clarté d'intelligence que l'article 901 exige pour disposer de ses biens à titre gratuit (1). Les tribunaux, plus sages que les théoriciens, se sont bien gardés d'adopter une opinion absolue : ils maintiennent ou annulent les testaments faits par des monomanes, selon que le testateur était ou non sain d'esprit au moment où il a testé.

La cour d'Angers a rendu sur cette question un arrêt très-bien motivé. Que veut l'article 901? Que le testateur soit sain d'esprit au moment où il dispose de ses biens. Si la démence partielle, que l'on appelle monomanie, a déterminé l'acte, évidemment il faudra dire que le testateur n'était pas sain d'esprit; mais si la monomanie n'a exercé aucune influence sur l'esprit du testateur, on ne peut pas dire qu'il était aliéné en testant, puisqu'il était sain d'esprit en ce qui concerne l'acte qu'il a fait. Dans l'espèce, la monomanie du défunt consistait dans l'idée que ses parents, aidés des médecins, voulaient l'empoisonner. Est-ce cette funeste disposition d'esprit qui lui inspira ses dispositions testamentaires? Loin de là, il n'y avait dans son testament aucune trace de ces craintes maladives, aucune marque de la haine qu'il aurait conçue contre sa famille ; il y manifeste, au contraire, les bonnes intentions qu'il a pour ses parents, en leur faisant des legs. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet où on lit, « qu'il appartient exclusivement aux juges du fait d'apprécier si le donateur ou le testateur, lorsqu'il a disposé, jouissait de la plénitude de ses facultés intellectuelles, et était capable d'avoir et d'exprimer une volonté libre, raisonnable et indépendante, puisque seuls ils sont saisis des faits et des circonstances d'où l'on peut faire résulter l'altération totale ou partielle de l'esprit du disposant (2). »

Par contre, la monomanie peut enlever au testateur la

(1) Troplong, *Des donations*, t. II, nos 451-457 (t. I de l'édition belge p. 162).

(2) Angers, 13 mars 1861 et Rejet, 9 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 366). Comparez, dans le même sens, Douai, 5 mai 1851 (Dalloz, 1854, 5, 245).

liberté d'esprit, sans laquelle il n'y a point de manifestation de volonté. La cour de Bordeaux, tout en avouant qu'un testateur conversait et raisonnait avec justesse, dit qu'il était dominé par l'idée fixe que son frère et sa sœur lui avaient donné une maladie; il les accusait d'être les auteurs de ses souffrances, de lui avoir déplacé les organes, de s'opposer à sa guérison et de vouloir l'empoisonner. L'arrêt constate que les dispositions testamentaires du malade étaient le résultat de cette monomanie, parce qu'il en était dominé de manière à ne pas faire un choix libre entre ses héritiers naturels et ceux qu'il avait nommés ses légataires. Cela était décisif : le testament étant l'œuvre d'une démence partielle devait être annulé (1). Par la même raison, la cour de Bordeaux a annulé un testament fait par un homme de lettres qui, au moment même où de folles terreurs le portaient à déshériter tels parents et à avantager tels autres, écrivait des mémoires remarquables. Il est évident, dit l'arrêt, que l'idée fixe qui le dominait ne lui laissait point la liberté de ses jugements ni de ses affections, qu'il était irrésistiblement poussé à aimer ou à haïr, selon que l'on paraissait s'associer à ses craintes et à ses ressentiments, ou qu'on les combattait. La cour en conclut que Fonfrède n'était pas sain d'esprit au moment de la rédaction de son testament et en conséquence elle l'annula (2).

116. A quelle époque le testateur doit-il être sain d'esprit? Les vieux docteurs avaient imaginé une présomption en vertu de laquelle celui qui est fou est présumé rester fou. Heureusement la médecine a donné un démenti à cette affreuse doctrine. Il ne suffit donc pas de prouver qu'à une époque quelconque de sa vie le testateur ait donné des signes d'aliénation mentale, il faut que le demandeur prouve que le disposant n'était pas sain d'esprit au moment où il a fait son testament. Le projet de code civil le disait formellement. « Pour donner soit entre-vifs, soit par testament, il faut être sain d'esprit

(1) Bordeaux, 14 avril 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 194).
(2) Bordeaux, 27 mai 1852 (Dalloz, 1854, 5, 246).

au moment de la donation. » Ces derniers mots ont été supprimés dans la rédaction définitive. Non pas que le législateur ait entendu consacrer un principe différent : le texte exprime la même pensée : dire que pour *faire* une libéralité il faut être sain d'esprit, c'est bien dire qu'il faut l'être au moment où l'on dispose. Et à défaut du texte, le bon sens le dirait : c'est à l'instant où l'on manifeste sa volonté que l'on doit être capable de la manifester (1).

Il résulte de là une difficulté de preuve pour le demandeur. Il doit établir que, lors de la rédaction de l'acte, le disposant n'était pas sain d'esprit. La jurisprudence n'applique pas ce principe dans toute sa rigueur. Il y a des arrêts qui exigent, avec plus ou moins de précision, que le demandeur prouve l'insanité d'esprit au moment de l'acte (2). D'autres paraissent se contenter d'une preuve plus vague : il suffit, dit-on, que le demandeur prouve l'état habituel de démence; les intervalles lucides ne se présumant pas, c'est au légataire à prouver que le testateur se trouvait dans un intervalle lucide (3). N'est-ce pas rejeter sur le légataire la preuve que doit faire l'héritier qui attaque l'acte? On oublie que la loi établit une présomption de capacité : toute personne est capable de disposer, à moins qu'elle ne soit déclarée incapable. C'est donc à celui qui invoque une cause d'incapacité à en prouver l'existence. Or, quelle est, dans l'espèce, la cause sur laquelle on fonde la nullité du testament? C'est l'insanité d'esprit au moment de l'acte. C'est par conséquent au demandeur à établir ce fait, sauf à admettre le défendeur à la preuve contraire. Il suit de là que la preuve directe de l'insanité d'esprit incombe à celui qui attaque le testament.

On a donné une autre couleur à la doctrine que nous combattons. La preuve directe de l'insanité, au moment

(1) Coin-Delisle, *Commentaire*, p. 79, n° 1 de l'article 901.

(2) Aix, 8 mai 1841 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 108); Pau, 14 février 1859 (Dalloz, 1859, 2, 103); Bruxelles, 27 juin 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 421).

(3) Caen, 20 novembre 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 213, 1°). Comparez Agen, 26 février 1838 (Dalloz, *ibid.*, n° 213, 2°); Gand, 13 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 219).

de l'acte, est parfois impossible. Je fais aujourd'hui un testament olographe : je meurs dix ans après; comment prouver l'état de mon esprit au moment où j'ai testé? Personne n'a assisté au testament; personne ne savait même qu'il y en eût un; comment constater si je jouissais ou non de mes facultés intellectuelles? S'il est prouvé que le testateur était dans un état habituel de démence, le juge peut décider par voie de présomption que la démence existait aussi au moment où l'acte a été fait (1). Le droit du juge de décider par voie de présomption nous paraît incontestable. Nous dirons plus loin que la preuve de la démence peut se faire par témoins, donc aussi par présomptions (art. 1353). Mais, en fait, les présomptions sont très-chanceuses : ne se peut-il pas que le testateur ait joui d'un intervalle lucide au moment où il a écrit ses dispositions? Il vaut donc mieux s'en tenir à la rigueur du principe, en mettant la preuve complète à charge du demandeur. La cour de cassation a consacré les vrais principes en jugeant « que l'incapacité prétendue d'un testateur, comme non sain d'esprit, doit être prouvée exister au moment de la confection du testament, ou ce qui comprend cette époque, *habituellement et sans intervalle lucide* (2). » Il ne suffit donc pas de prouver que le testateur était dans un état habituel de démence, il faut prouver de plus que sa folie était sans intervalle lucide, c'est-à-dire qu'elle était permanente. Si, au contraire, il est établi que le défunt avait des intervalles lucides, il est certain que la preuve de la démence habituelle serait insuffisante, puisqu'il se peut que le testateur ait été dans un intervalle lucide au moment où il disposait.

117. Comment se fait la preuve de la démence? Il est de principe que les faits matériels peuvent se prouver par témoins indéfiniment, quel que soit le montant pécuniaire du litige. Or, la démence est un fait pur et simple qui

(1) Comparez arrêt de la cour de cassation du 5 août 1856 (Dalloz, 1857, 1, 21).
(2) Rejet, 26 mars 1822 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 198). Dans le même sens et dans les mêmes termes, Bruxelles, 9 janvier 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 305).

par lui-même n'engendre ni droit, ni obligation. Il est encore de principe que le demandeur est admis à la preuve testimoniale quand il lui a été impossible de se procurer une preuve littérale ; à la vérité, l'article 1348 ne parle que de la preuve des obligations ; mais il ne fait, en réalité, qu'appliquer un principe plus général, c'est que la loi ne peut pas exiger une preuve impossible. Sans doute, pour écarter les dangers que présente toujours la preuve testimoniale, le législateur aurait pu exiger un commencement de preuve par écrit, comme il le fait souvent quand il est obligé d'admettre la preuve par témoins (art. 341) ; nous avons dit plus haut (n° 110) que Tronchet en fit la proposition : elle n'eut pas de suite. Dès lors, on reste sous l'empire des principes généraux que nous venons de rappeler. Cela est admis par tout le monde (1).

118. Il se présente une difficulté particulière concernant la preuve de la démence, lorsque le testament a été reçu par acte public. Les notaires ont l'habitude de déclarer que le testateur leur a paru sain d'esprit et d'entendement. On demande si les héritiers qui attaquent le testament pour insanité doivent s'inscrire en faux contre cette déclaration? Il a été jugé que les parties intéressées sont admises à prouver que le testateur n'était pas sain d'esprit sans être tenues de s'inscrire en faux (2). Cela est de toute évidence ; c'est l'application des principes élémentaires qui régissent la force probante des actes authentiques. Ils font foi jusqu'à inscription de faux des faits que l'officier public a mission de constater ; ils ne font aucune foi des faits que le notaire ne doit pas constater. Or, le notaire n'est point appelé à déclarer si le testateur est ou non sain d'esprit ; donc ce qu'il dit à ce sujet ne fait aucune foi. Sans doute, comme le dit le tribun Jaubert, le notaire doit s'assurer si le testateur est en état de disposer, il doit refuser son ministère s'il trouve

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. V, p. 425, note 7 du § 648 ; Demolombe, t. XVIII, p. 391, n° 364.

(2) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n°s 198, 209 et 211. Ils sont tous assez mal rédigés. Il faut ajouter Bruxelles, 19 février 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 229) et Liége, 28 mai 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 379).

que le testateur n'est pas sain d'esprit; il tromperait le vœu de la loi, il se rendrait coupable d'une grande prévarication (ce sont les expressions de Jaubert), s'il recevait les dernières volontés d'une personne qui n'est pas en état de manifester sa volonté (1). Mais il reste vrai de dire que la loi ne lui a pas donné mission de constater que le testateur est sain d'esprit : cela décide la question de preuve. La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (2).

Il y a cependant un cas dans lequel ceux qui attaquent le testament doivent s'inscrire en faux. Le notaire doit constater que le testateur lui a dicté ses dernières volontés; donc le fait que le testateur a dicté est prouvé jusqu'à inscription de faux. Si les héritiers prétendent que le testateur était paralysé, qu'il ne pouvait plus prononcer des mots intelligibles, ils contestent un fait constaté par le notaire, et qui fait preuve jusqu'à inscription de faux; ils doivent donc s'inscrire en faux. La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans l'espèce suivante. Il était dit dans l'acte que la testatrice avait dicté son testament tel que le notaire l'avait écrit, et qu'après lecture, la testatrice avait déclaré que l'acte contenait sa volonté, qu'elle le comprenait bien et qu'elle y persistait. Les héritiers, au contraire, soutenaient que la testatrice ne répondait jamais à propos, qu'elle ne pouvait lier deux idées ensemble ni faire le moindre raisonnement, et qu'elle pouvait à peine articuler des mots qui fussent entendus. Ces allégations, dit l'arrêt, attaquent l'acte dans sa substance (3). Il fallait dire qu'elles étaient en opposition avec des faits que le notaire avait mission de constater, et qui, par conséquent, faisaient foi jusqu'à inscription de faux.

119. Les légataires sont admis à faire la preuve contraire; c'est le droit commun. S'ils prouvent que le défunt, bien qu'étant aliéné, avait des intervalles lucides,

(1) Jaubert, Rapport, n° 9 (Locré, t. V, p. 345).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 425, note 8 du § 648, et les autorités qui y sont citées; Demolombe, t. XVIII, n° 365.
(3) Rejet de la chambre civile, 24 novembre 1851 (Dalloz, 1851, 1, 327). Comparez Rejet, 17 juillet 1817 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 225). Aubry et Rau, t. V, p. 425, note 9 du § 648.

et que c'est dans un de ces intervalles qu'il a testé, le testament sera maintenu. Qu'est-ce qu'un intervalle lucide, et comment le prouve-t-on? Furgole répond à la première question que l'intervalle lucide est celui où le testateur possède sa raison (1). Nous préférons cette simple réponse aux brillants développements que d'Aguesseau a donnés dans un de ses plaidoyers, et que Troplong lui a empruntés : « Un intervalle lucide n'est point une tranquillité superficielle, ni une ombre de repos. Ce n'est pas une simple diminution, une rémission de mal, mais une espèce de guérison passagère, une intermission si clairement marquée, qu'elle est entièrement semblable au retour de la santé... (2) » Nous ne continuons pas; à quoi bon? Le juge sera appelé à décider en fait si, lors du testament, le défunt jouissait ou non de sa raison : question extrêmement difficile, que la rhétorique de d'Aguesseau ne l'aidera pas à résoudre. Il n'y a qu'un cas dans lequel la solution est facile. Si le testateur était dans un état d'imbécillité ou d'idiotisme, il est certain qu'il ne peut s'agir d'un intervalle lucide, puisque l'affaiblissement des facultés intellectuelles, dans ce cas, ne vient pas d'une maladie; elle tient à l'organisation qui est innée (3). Quand le défunt était en état de démence, l'intervalle lucide devient une question de fait (4). Les auteurs entrent là-dessus dans des distinctions sans fin. Faut-il s'attacher à la sagesse des dispositions? Quand les dispositions sont sages, y a-t-il présomption qu'elles ont été faites dans un intervalle lucide (5)? Cette discussion nous paraît oiseuse. De présomption légale il n'y en a point. Quant aux présomptions de l'homme, la loi les abandonne aux lumières et à la prudence du magistrat (art. 1353); donc c'est une question de fait.

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. IV, sect. II, n° 208.
(2) Troplong, *Des donations*, n° 458 (t. I, p. 164 de l'édition belge). D'Aguesseau, Plaidoyer du 15 mars 1698 (Œuvres, t. III, p. 403, 4°).
(3) Bruxelles, 6 juin 1860 (*Pasicrisie*, 1860. 2, 392).
(4) Bordeaux, 20 février 1830 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 203).
(5) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. I, § I, art. I, n° 4 (t. XXXIII, p. 269 et suiv.).

Nº 4. DES PERSONNES ASSIMILÉES AUX ALIÉNÉS.

120. L'aliénation mentale, en matière de donations et de testaments, n'est pas une question de médecine légale, c'est une question de fait, qui se réduit à savoir si, lors de l'acte, le disposant était ou n'était pas sain d'esprit. On a prétendu que ceux qui se donnent ou tentent de se donner la mort sont en état de démence. Il faut laisser là les théories morales et religieuses en cette matière. Qui oserait dire que Caton était fou parce qu'il ne voulait point survivre à la république? Qui oserait accuser de folie les stoïciens qui prêchaient le suicide? Il y a telle mort volontaire qui témoigne pour la raison de celui qui se suicide, en ce sens que les calculs, les combinaisons du malheureux qui cherche à se détruire attestent une froide raison et excluent toute idée de folie (1). La cour de Caen dit très-bien qu'il y a des cas où un homme se donne la mort dans un accès d'égarement et de folie; qu'il y en a d'autres où un homme, dégoûté de la vie, impatienté de souffrir, ne pouvant supporter l'adversité de la fortune, se donne la mort, sans qu'on puisse attribuer cette résolution à une altération des facultés intellectuelles (2). En définitive, c'est une question de fait. Il y a des cas où la folie n'est pas douteuse; bien des aliénés se sont donné la mort en déjouant avec un art infini tous les soins dont on les entourait. Reste à savoir alors si cette monomanie a exercé quelque influence sur les dispositions testamentaires du malade : la question rentre dans la difficulté que nous avons déjà examinée (nº 115).

121. L'ivresse est-elle une cause de nullité des donations et des testaments? Il est certain que si, au moment même de l'acte, le donateur ou le testateur est dans un état d'ivresse tel, qu'il n'a plus la conscience de ce qu'il dit

(1) C'est la remarque d'un arrêt de Liége du 14 août 1865 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 414).

(2) Caen, 3 février 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 237, 3º). Comparez Coin-Delisle, p. 80, nº 4 de l'article 901, et les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Dispositions*. nº 237, 1º et 2º

et de ce qu'il fait, on doit dire qu'il n'était pas sain d'esprit. Si les officiers publics étaient tous fidèles à leur devoir, nous n'aurions pas à discuter cette question; mais il est arrivé qu'un notaire s'est transporté à onze heures du soir dans la maison du légataire, dont la femme était occupée à enivrer le testateur, en lui versant de l'eau-de-vie à plein verre. Bien que le testateur fût dans une ivresse complète, l'officier public ne manqua pas de déclarer qu'il lui avait paru sain d'entendement. On voit que c'est une formule. Le testament fut annulé (1).

Autre est la question de savoir si l'habitude de l'ivresse finit par altérer les facultés intellectuelles de celui qui se livre à ces honteux excès, et si par suite il n'a plus la santé d'esprit qui est nécessaire pour disposer de ses biens. L'abus des boissons enivrantes peut engendrer la folie; mais si la démence n'est pas permanente, si elle laisse des intervalles lucides, le testament sera valable s'il a été fait dans un de ces intervalles. Il a été jugé, par application de ces principes, que le testament fait par un homme, dont les facultés intellectuelles étaient dérangées par une ivresse presque continuelle, était néanmoins valable, parce qu'il avait été fait dans un intervalle où le testateur avait la pleine intelligence de ses actions (2).

122. Il en est de même d'une passion violente. Si elle produit la folie, on reste dans le droit commun. Sans engendrer la démence proprement dite, elle peut déranger la raison à ce point que le testateur n'est plus sain d'esprit. Le cas s'est présenté devant la cour de Liége : il n'y avait guère de doute, car c'est la passion poussée jusqu'à l'insanité qui avait dicté le testament. Dans l'espèce, le testateur était dominé par une jalousie aveugle, il en conçut une haine mortelle contre sa femme, et, dégoûté de la vie, il finit par se donner la mort. Les dispositions de son testament attestaient la maladie morale à laquelle il était en proie; le tribunal annula le testament comme étant fait dans le délire et l'égarement d'esprit, et la cour

(1) Rouen, 19 janvier 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 285).
(2) Rennes, 10 mars 1846 (Dalloz, 1846, 2, 232).

confirma le jugement en déclarant qu'au moment où le testateur avait disposé il était en proie à une passion violente qui le privait de l'usage de la raison (1).

123. L'application de ces principes à la haine et à la colère n'est pas sans difficulté. Il y avait dans l'ancien droit une action dite *ab irato* que l'on donnait aux enfants contre le testament par lequel leur père les avait déshérités ou passés sous silence. Elle se confondait avec *la plainte de testament inofficieux*. C'était une vraie fiction, en ce sens que l'on supposait une espèce d'insanité d'esprit chez le testateur qui foulait aux pieds les sentiments les plus naturels. Il est certain que cette action *ab irato* n'existe plus dans le droit moderne. La raison en est simple. Nous n'avons qu'un seul texte que l'on puisse invoquer dans l'espèce, c'est l'article 901 : il exige que le testateur soit sain d'esprit; il faut donc une insanité réelle pour le rendre incapable; or, l'action *ab irato* reposait sur une insanité fictive. Il n'y a pas de fiction sans loi, cela est décisif.

Dans les pays coutumiers, il y avait une action analogue. On lit dans la coutume de Bretagne : « Toute personne pourvue de sens peut donner le tiers de ses héritages à autres qu'à ses hoirs, au cas qu'elle ne le ferait en fraude ou par haine de l'héritier apparent. » Ici il ne s'agit plus d'une haine supposée et d'une insanité fictive. Le texte que nous venons de transcrire suppose, au contraire, que le testateur était *pourvu de sens*, mais qu'il disposait par haine contre ses héritiers. Ainsi formulée, il est certain que l'action *ab irato* n'existe plus dans notre droit; on ne peut la faire rentrer dans l'article 901 qui exige positivement l'insanité d'esprit, tandis que l'action coutumière était fondée uniquement sur la colère et la haine (2). Est-ce à dire que la colère et la haine ne soient jamais une cause de nullité? Toute passion peut produire l'insanité d'esprit; si la jalousie altère les facultés intel-

(1) Liége, 12 février 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 236). Demante, t. IV, p. 41, n° 17 *bis* V.

(2) Réquisitoire de Donny, premier avocat général à la cour d'appel de Gand (*Pasicrisie*, 1856, 2, p. 386 et suiv.).

fectuelles, pourquoi n'en serait-il pas de même de la colère et de la haine? C'est une question de fait que le juge décidera d'après les circonstances de chaque cause. Il ne lui est pas permis de prononcer la nullité d'un testament par cela seul que le testateur était animé de quelque mauvaise passion; il faut que cette passion ait troublé la raison à ce point que l'on puisse dire que le testateur n'était pas sain d'esprit au moment où il a disposé. Telle est la décision du point de droit; nous n'y voyons aucun doute puisqu'il y a un texte. Le reste est une question de fait.

Il y a cependant une controverse sur le point de savoir si l'action *ab irato* existe encore dans notre droit ou si elle est abrogée. Nous croyons que c'est un malentendu. L'action ne subsiste plus telle qu'on la connaissait dans l'ancien droit, comme action spéciale, indépendante de l'insanité. Elle existe encore comme application de la règle générale de l'article 901. Seulement on a tort de lui donner un nom particulier, ce qui implique une action particulière, tandis que la loi ne connaît plus que l'action générale pour insanité d'esprit résultant de l'article 901. Les travaux préparatoires confirment l'interprétation que nous donnons au texte. Dans le premier projet de code civil, on disait, à la suite de la disposition actuelle de l'article 901 : « La loi n'admet point la preuve que la disposition n'a été faite que par *haine, colère, suggestion* ou *captation.* » C'était abolir formellement l'action *ab irato* de l'ancien droit. On ne sait pourquoi cette partie de l'article 901 a été retranchée (1). Il est certain qu'elle était inutile. Comme action indépendante de l'insanité d'esprit, l'action *ab irato* ne pourrait exister qu'en vertu d'une disposition expresse; le silence de la loi suffit donc pour qu'elle n'existe plus. Quant à l'action fondée sur la haine et la colère, considérées comme passions qui détruisent la santé de l'esprit, elle rentre dans la règle générale de l'article 901 : en ce sens, une disposition spéciale était encore inutile. Donc la haine et la colère restent sous l'empire du droit commun. C'est en ce sens que

(1) Coin-Delisle, p. 79, n° 1 et p. 83, n° 14 de l'article 901.

l'orateur du gouvernement a expliqué l'article 901 : « La loi garde le silence sur le défaut de liberté qui peut résulter de la suggestion et de la captation, et sur le vice d'une volonté déterminée par la *colère* ou par la *haine*. Ceux qui ont entrepris de faire annuler des dispositions par de semblables motifs n'ont presque jamais réussi ; et peut-être vaudrait-il mieux que cette source de procès ruineux et scandaleux fût tarie, en déclarant que ces causes de nullité ne seraient pas admises; mais alors la fraude et les passions auraient cru avoir dans la loi même un titre d'impunité. Les circonstances peuvent être telles, que la volonté de celui qui a disposé n'ait pas été libre, *ou qu'il ait été entièrement dominé par une passion injuste*. C'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule apprécier ces faits. Ils empêcheront que les familles ne soient dépouillées par les gens avides qui subjuguent les mourants, ou par l'effet d'une *haine* que la nature et la raison condamnent (1). »

On a invoqué les paroles de Bigot-Préameneu pour soutenir que le code maintient l'action *ab irato*. L'orateur du gouvernement ne prononce pas ce mot, il raisonne en vertu de principes généraux, comme il devait le faire dans le silence de la loi. Et quand même il aurait déclaré formellement que l'action *ab irato* est maintenue, ses paroles ne pourraient prévaloir sur le texte du code. L'article 901 exige l'insanité ; la colère et la haine ne peuvent être admises comme causes de nullité que par application de ce principe (2). La jurisprudence française est un peu incertaine et hésitante (3) ; elle semble confondre l'action *ab irato* avec l'action consacrée par l'article 901, ce qui serait une erreur, comme nous croyons l'avoir démontré. Si nous avons tant insisté sur une question qui, à notre avis, n'est pas même douteuse, c'est que nous avons contre nous l'autorité de Merlin (4).

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. V, p. 315).
(2) C'est la doctrine des cours de Belgique. Gand, 13 juin 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 380). Bruxelles, 19 juillet 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 305).
(3) Voyez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 240.
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ab irato*, section VII. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 84, n° 15 de l'article 901, et la plupart des auteurs.

N° 5. DE CEUX QUI SONT INCAPABLES DE MANIFESTER LEUR VOLONTÉ.

124. Faut-il que le disposant soit sain de corps pour donner ou tester? Non, dit-on, car la loi exige seulement qu'il soit sain d'esprit (1). Sans doute, mais qui ne sait qu'il y a une étroite liaison entre la santé de l'esprit et celle du corps? Les anciens disaient qu'une intelligence saine ne se trouvait guère que dans un corps sain. C'est trop dire : rappelons-nous Vauvenargues, une des gloires de la philosophie, écrivant ses belles pensées, bien que souffrant de toutes les parties de son corps. Toujours est-il qu'il y a des maux corporels qui attaquent les organes de l'intelligence, et alors il est inévitable que la raison souffre également. Il y a même telles infirmités physiques qui, abstraction faite du dérangement des facultés intellectuelles, empêchent de tester, parce que le testateur ne peut pas remplir les formes que la loi exige pour les divers testaments : celui qui ne peut écrire est incapable de faire un testament olographe, celui qui ne peut parler ne peut tester dans la forme authentique, et celui qui ne peut lire ne peut faire de testament mystique (art. 978). Nous reviendrons sur ces incapacités spéciales. Pour le moment, nous nous bornons à constater que le testateur doit être sain de corps, en ce sens qu'il soit en état de manifester sa volonté. Et cela est aussi vrai du donateur. Il a été jugé qu'une volonté ferme et clairement exprimée est la condition essentielle de la validité des donations. Dans l'espèce, il résultait de la déclaration même du notaire que le donateur était dans l'impuissance de prononcer une parole et de répondre aux questions qui lui étaient adressées; il s'était borné à des signes que le notaire avait cru devoir interpréter comme une manifestation suffisante de l'intention de donner. La donation fut annulée (2).

125. Les sourds-muets peuvent-ils disposer à titre gra-

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 381, n° 382.
(2) Paris, 4 février 1854 (Dalloz, 1855, 2, 135).

tuit? En droit romain, on les comparait à des morts; il en était de même dans l'ancien droit français : ne pouvant pas témoigner leurs sentiments par écrit, dit Ricard, ils sont incapables de disposer de leurs biens. Il est d'ailleurs impossible qu'ils aient connaissance des lois et qu'ils soient suffisamment instruits dans la vie civile pour être capables de donner ou de tester : comment disposeraient-ils alors qu'ils ne comprennent pas ce que c'est qu'une donation ou un testament (1)? Il a été jugé, conformément à cette opinion, que les sourds et muets de naissance étaient inhabiles à donner un consentement à une convention quelconque (2). La cour de Liége oublie que, grâce aux admirables découvertes de la charité chrétienne, les sourds-muets ne sont plus des morts; ils sont en état de manifester leur volonté, donc ils se trouvent sous l'empire du droit commun. C'est ce que la cour de cassation a établi jusqu'à l'évidence dans un arrêt très-bien motivé. La capacité est la règle, et partant l'incapacité est l'exception : le code le dit formellement des dispositions à titre gratuit (art. 902). Y a-t-il une loi qui déclare les sourds-muets incapables? Non, donc ils restent dans la règle générale. Si jadis on les déclarait incapables, c'est qu'ils l'étaient de fait; faute d'éducation, ces malheureux n'avaient aucune culture, ni intellectuelle ni morale. Aujourd'hui, ils peuvent acquérir un degré supérieur d'instruction; dès lors il est impossible de leur contester la faculté de manifester un consentement libre, volontaire et éclairé. Les auteurs du code civil ont tenu compte de cet immense progrès que la charité moderne a réalisé : lors de la discussion du titre du Mariage au conseil d'Etat, il a été entendu que les sourds-muets étaient capables de contracter mariage, dès qu'ils pourraient manifester leur volonté, et que c'était aux juges à décider s'ils avaient une capacité suffisante. Capables de se marier, ils sont par cela même capables de consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, donc ils peuvent disposer

(1) Ricard, t. I, nos 128-131, 135, 138, p. 31 et suiv.
(2) Liége, 12 mai 1829 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 230).

de leurs biens par donation. Faut-il, pour être capables, que les sourds et muets soient lettrés (1)? Non, dit la cour de cassation. La loi ne détermine aucun mode suivant lequel le consentement doive être exprimé; si la parole et l'écriture sont les moyens habituels, ce ne sont cependant pas les seuls; le législateur lui-même admet le langage des signes comme une expression fidèle de la pensée. Ainsi le code d'instruction criminelle décide que si l'accusé sourd-muet ne sait pas écrire, le président lui nommera d'office pour son interprète la personne qui sera habituée à converser avec lui; il en est de même du témoin sourd-muet. Le sourd-muet pouvant contracter mariage, se défendre et témoigner en justice par signes, on doit lui reconnaître aussi la capacité de consentir une donation. On objecte l'article 936, d'après lequel la donation faite au sourd-muet qui ne sait pas écrire doit être acceptée par un curateur nommé à cet effet; on en induit que le sourd-muet illettré, ne pouvant accepter une donation, est par cela même incapable d'en faire une. La cour de cassation répond que l'article 936 n'a pas pour objet d'établir une règle de capacité, que le but de la loi est de faciliter l'acceptation. En effet, la loi exige une acceptation expresse, ce qui implique une manifestation de volonté par paroles ou par écrit. On en aurait pu conclure que le sourd-muet illettré ne peut pas recevoir de donation, parce qu'il est dans l'impossibilité de l'accepter. L'article 936 prévient cette difficulté (2).

En droit, la doctrine de la cour de cassation est incontestable. Mais il reste, dans chaque acte où figure un sourd-muet, une question de fait : son intelligence a-t-elle été cultivée? est-elle assez développée pour qu'il comprenne le sens et la portée de la donation ou du testament qu'il fait? et en supposant qu'il ait l'intelligence nécessaire, peut-il suffisamment manifester sa volonté par signes? Le testament authentique présente une difficulté particulière que nous examinerons. Quand il donne, le sourd-muet ne

(1) Merlin le dit (*Répertoire*, au mot *Sourd-muet*, n° 5 (t. XXXI, p. 363).
(2) Rejet du 30 janvier 1844 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 231).

doit pas dicter ses dispositions, il suffit qu'il fasse connaître ses intentions. Le notaire recevra l'acte en interprétant les signes par lesquels le sourd-muet déclare sa volonté. Cela n'est pas sans danger. Les héritiers pourront soutenir que le sourd-muet n'avait pas l'intelligence nécessaire pour disposer, ou qu'il n'était pas en état de manifester sa volonté, ou qu'on l'a mal interprétée. On demande s'ils devront s'inscrire en faux? Il a été jugé, et avec raison, que si l'acte notarié fait foi jusqu'à inscription de faux des conventions qu'il constate, c'est parce que toutes les parties parlent une langue dont les termes ont une signification fixe et intelligible pour tous; il en est autrement quand l'une des parties exprime sa pensée par des signes conventionnels et arbitraires; si l'on attaque l'interprétation que le notaire leur a donnée, on ne l'accuse pas d'avoir faussé les déclarations qui lui ont été faites, on prétend seulement qu'il les a mal comprises; on peut faire cette preuve sans s'inscrire en faux (1).

Les testaments olographes présentent une autre difficulté. On suppose que le sourd-muet a écrit, daté et signé le testament : ce sont les seules formes que la loi exige. Mais le testateur a-t-il compris le sens et la portée des mots dont il s'est servi? Ne se peut-il pas qu'il ait copié un modèle, sans avoir la conscience de ce qu'il a fait? A qui incombera la preuve que le testateur a compris ou n'a pas compris? Il a été jugé que c'est au légataire qui invoque le testament à prouver que le testateur avait l'intelligence nécessaire pour tester, qu'il savait non-seulement écrire, mais qu'il comprenait aussi ce qu'il écrivait et ce qu'il lisait (2). Nous croyons, avec Merlin, que ces arrêts sont contraires aux vrais principes en matière de capacité et de preuve. Le testament est valable en la forme. Que faut-il de plus? Que le testateur soit sain d'esprit. Est-ce que l'insanité se présume? Non, certes, puisque c'est une incapacité; or, c'est la capacité qui est la règle, dit l'ar-

(1) Bordeaux, 29 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 2, 173).

(2) Colmar, 17 janvier 1815 et Bruxelles, 19 décembre 1822 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nos 232 et 233). Comparez Rouen, 23 août 1849 (Dalloz, 1850, 2, 59), et Pau, 23 décembre 1851 (Dalloz, 1854, 5, 247).

ticle 902. Donc, toute personne est présumée capable, et c'est, par conséquent, à celui qui prétend que le testateur était incapable, d'en faire la preuve. Sans doute, il y a pour le sourd-muet une difficulté de plus; il lui faut une éducation spéciale pour développer sa raison et pour acquérir la faculté d'exprimer sa volonté. Mais une difficulté de fait ne constitue pas une présomption légale d'incapacité. Le législateur aurait pu créer cette présomption, et mettre la preuve à charge du légataire; il ne l'a pas fait, donc nous restons sous l'empire de la règle qui présume la capacité (1).

126. La vieillesse est-elle une cause d'incapacité? Il ne peut pas s'agir d'une incapacité légale. La question est de savoir si le vieillard a cette santé d'esprit que l'article 901 exige comme condition de capacité, ce qui est évidemment une question de fait. Ricard la décide en d'excellents termes : « Encore que nous ayons trop de respect pour la vieillesse, aussi avancée qu'elle puisse être, pour la noter de la moindre interdiction, et que nous la considérions, au contraire, comme le siége de la prudence et le comble de la sagesse humaine; de sorte que les lois ont décidé que la seule caducité de l'âge ne retranche point la capacité de disposer, tant par donation que par testament; néanmoins, comme les fonctions de l'esprit dépendent des organes du corps, qui s'altèrent par la longueur du temps, aussi bien que toutes autres choses, il arrive assez fréquemment que l'esprit diminue de telle sorte sur le déclin de la vie, que, quoiqu'il ne tombe pas dans un délire, il ne conserve pas toutefois assez de vigueur pour faire un ouvrage important. Tellement que ce concours d'incommodités se rencontrant en la personne du vieillard, peut servir de fondement à la nullité de la disposition qu'il a faite dans le temps qu'il était réduit en cet état (2). »

Par application de ces principes, il faut décider que la vieillesse ne porte aucun obstacle à la liberté de dispo-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Sourd-muet*, n° III (t. XXXI, p. 362).
(2) Ricard, t. I, p. 38, n° 155.

ser, pourvu que le testateur conserve la raison et le bon sens, et qu'il soit en état de manifester sa volonté, quand même il serait à toute extrémité de vie, les hommes ayant la malheureuse habitude d'attendre la fin de leurs jours pour prendre leurs dernières dispositions (1). Il a été jugé que des défaillances de mémoire, de légères absences, un certain affaiblissement d'esprit, comme l'âge en amène chez les vieillards, ne prouvent pas que le testateur n'était pas sain d'esprit; or, il n'y a que l'insanité qui soit une cause d'incapacité (2). On a soutenu que le testament fait au moment de la mort emportait par cela seul une présomption, pour mieux dire, la preuve que le testateur ne jouissait plus de cette liberté d'esprit qui est nécessaire pour tester. Où est l'homme qui, à ce moment suprême, a encore la plénitude de ses facultés intellectuelles? L'approche seule de la mort ne suffit-elle pas pour troubler la raison? Cela est très-vrai, dit la cour d'Aix, et il en résulte que le juge doit mettre plus de soin à constater l'état du testateur; mais s'il est prouvé qu'au moment où le testateur a dicté ses dispositions il était sain d'esprit, le testament doit être maintenu (3). Toutefois, Ricard a raison de dire que l'intelligence décline avec l'âge, et qu'il arrive un moment où le vieillard n'est plus sain d'esprit. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans une espèce où il était constaté que le testateur était dans un état d'imbécillité sénile qui ne lui permettait pas d'avoir une volonté libre et réfléchie. On se prévalait de ce que les dispositions du testament étaient incontestablement raisonnables : preuve, dit l'arrêt, qu'elles ne pouvaient être l'œuvre personnelle et spontanée d'un homme qui était retombé en enfance (4).

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. IV, sect. I, n° 3 (t. I, p. 145).
(2) Lyon, 9 août 1866 et Rejet, 12 février 1868 (Dalloz, 1868, 1, 389).
(3) Aix, 5 juillet 1844 (Dalloz, 1845, 2, 48).
(4) Bordeaux, 12 août 1861 et Rejet de la chambre civile du 7 mars 1864 (Dalloz, 1864, 1, 168).

N° 5. DES CAUSES QUI VICIENT LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ.

127. Au titre des *Obligations*, le code dit (art. 1109) : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a eté donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. » On demande si les causes qui vicient le consentement dans les obligations conventionnelles vicient aussi la manifestation de volonté dans les donations et testaments. L'affirmative n'a jamais fait de doute. Quant aux donations, on peut appliquer l'article 1109, puisque la donation est un contrat ; et bien que les testaments ne soient pas des contrats, ils ne sont valables que si le testateur a valablement manifesté sa volonté ; or, la volonté est viciée quand celui qui l'exprime est dans l'erreur, quand il n'est pas libre, ou quand il a été trompé par des manœuvres frauduleuses. En ce sens, l'article 1109 contient une disposition générale applicable à toute manifestation de volonté, peu importe qu'elle soit unilatérale ou qu'elle engendre un contrat.

Il faut dire plus, comme Furgole en a fait la remarque : les causes qui vicient le consentement dans les contrats ordinaires vicient à plus forte raison les donations et surtout les testaments. On doit appliquer avec plus de rigueur les principes qui régissent l'erreur, la violence et le dol, quand il s'agit d'un acte à titre gratuit, que lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux. Dans les contrats ordinaires, chacune des parties contractantes veille à ses intérêts, car ces contrats sont essentiellement intéressés, on ne les fait que par intérêt ; l'erreur, la violence, les surprises y sont peu à craindre, parce que chacun est sur ses gardes. Il n'en est pas de même de celui qui donne ou qui teste : loin de chercher son intérêt, il se dépouille, lui ou ses héritiers ; le sentiment qui l'inspire, l'affection, est très-souvent aveugle ; la bienfaisance a ses excès, surtout quand celui qui donne n'est plus retenu par le désir si naturel à l'homme de ne pas se dépouiller lui-même. Par contre, celui qui reçoit une libéralité est intéressé à provoquer la libéralité et à l'étendre ; la cupidité met en jeu

les plus mauvaises passions; on ne recule devant aucune manœuvre, devant aucune violence, quand il s'agit de s'enrichir. Tout concourt donc à aveugler celui qui dispose à titre gratuit et à altérer la liberté de son esprit. Pour les testaments, il y a un danger de plus. C'est l'acte d'une personne mourante, ou d'une personne qui a nécessairement la mort en vue. Cette idée troublant l'esprit du testateur, il est moins capable de résister aux efforts de ceux qui cherchent à lui arracher ou à lui surprendre une libéralité; il est plus sujet à se tromper, puisqu'il ne jouit pas de la plénitude de ses facultés. La maladie, d'ordinaire, ou l'affaiblissement de l'âge vient aggraver cette position. Furgole en conclut que quand on demande la nullité d'un acte à titre gratuit, et surtout d'un testament pour l'une des causes qui vicient le consentement, on ne doit pas exiger une erreur, une violence, un dol tels qu'ils sont requis pour faire rescinder un contrat onéreux; il suffit que les causes qui altèrent la volonté du disposant soient telles, que le testateur n'eût pas fait la disposition s'il n'y avait été porté par l'erreur où il se trouvait, par les violences que l'on a employées, ou par les manœuvres qui l'ont trompé (1).

128. Dans les contrats ordinaires, l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. L'article 1110 ajoute: « Elle n'est pas une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. » Ces principes reçoivent leur application aux actes à titre gratuit. La considération de la personne y est essentielle, puisque la libéralité est faite par un sentiment d'affection. Si donc le disposant a en vue de gratifier une personne, et qu'il en désigne une autre, la libéralité ne peut valoir, ni en faveur de la personne désignée, parce que le disposant n'a pas voulu la gratifier, ni en faveur de celle qu'il avait intention de gratifier, parce que cette intention ne s'est pas

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. V, nos 5-7 (t. I, p. 226).

manifestée. Il en serait de même, dit Furgole, si le testateur s'était trompé sur une qualité qui a été la cause de la libéralité, de sorte que le testateur ne l'aurait pas faite s'il n'avait été dans cette erreur. Il a été jugé, conformément à ces principes, que l'adoption conférée à un enfant était nulle, ainsi que le legs qui l'accompagnait, si le testateur a agi dans la fausse persuasion que l'adopté était son enfant naturel. Il en est de même de la reconnaissance d'un enfant naturel institué héritier, s'il se trouve que l'institué est enfant légitime (1).

La disposition serait encore nulle si l'erreur tombait sur la chose donnée. On suppose que le testateur désigne une chose qu'il n'avait pas intention de léguer, et qu'il ne parle pas de celle qu'il voulait laisser : le legs est nul, le légataire ne pouvant réclamer la chose léguée à raison de l'erreur qui infecte le legs, ni la chose que le défunt voulait lui donner, parce qu'il ne l'a réellement pas donnée.

128. Aux termes de l'article 1112, « il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. » Cette définition ne reçoit guère d'application aux actes de dernière volonté. Même dans les contrats à titre onéreux, la loi en modère la rigueur en ajoutant « qu'on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition de la personne. » Cette réserve est surtout applicable aux testaments. Furgole remarque que l'on n'exige pas une crainte capable d'ébranler un homme constant; il suffit que les faits soient tels, que l'on puisse en conclure que le testateur n'a pas disposé de son plein gré, ou que la violence produise une contrainte capable d'engager le testateur à faire ce qu'il n'a pas voulu. Ici surtout il faut tenir compte des considérations générales que nous venons d'exposer (n° 127). La cour de Bordeaux a appliqué ces principes en cassant un testament qui avait été arraché au testateur par les violences de sa concubine; l'arrêt con-

(1) Rejet, 13 juillet 1809 et 17 mars 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 244). Furgole, chap. V, sect. IV, nos 4 et 2 (t. I, p. 269).

state en fait que le testament lui avait été imposé par la légataire, qui avait usurpé sur lui un empire irrésistible, empire qu'elle avait exercé avant et pendant le testament, alors que, sentant sa fin prochaine, le testateur n'avait plus qu'un désir, celui de mourir en paix. L'arrêt pose en principe que la violence vicie les actes à titre gratuit comme les actes à titre onéreux; qu'il suffit même d'une moindre violence pour vicier les actes de dernière volonté, soit parce qu'ils n'ont d'autre mobile que les sentiments intimes du testateur et doivent en être la pure et libre expression; soit parce qu'il est plus aisé de subjuguer un homme ordinairement affaibli par la maladie, et qui n'est pas même soutenu par le sentiment de l'intérêt personnel, puisqu'il s'agit de biens qui vont lui échapper et qu'il ne dépouille que ses héritiers; ce qui a fait dire à Furgole que les moyens qui ne suffiraient pas pour rescinder un contrat peuvent suffire pour casser des dispositions testamentaires (1).

130. « Le dol est une cause de nullité des conventions lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté » (art. 1116). On peut appliquer la première partie de cette définition aux actes à titre gratuit, toujours en tenant compte de la différence qui existe entre ces actes et les contrats onéreux. Les artifices dont on peut user, dit Furgole, pour surprendre les dispositions sont infinis; il est impossible de déterminer les cas où il peut y avoir fraude suffisante pour annuler les testaments. Il faut appliquer au cas de dol ce que nous avons dit de l'erreur et de la violence : le juge ne doit pas exiger un dol tel qu'il est nécessaire pour la rescision des contrats; les manœuvres ont-elles engagé le testateur à disposer autrement qu'il n'eût fait s'il n'avait pas été surpris et trompé, alors le testament doit être annulé (2). La seconde partie de la définition n'est pas applicable aux testaments, car le légataire ne contracte

(1) Bordeaux, 8 mai 1860 (Dalloz, 1860, 2, 129). Furgole, chap. V, sect. nos 3 et 7 (t. I, p. 232).

(2) Furgole, chap. V, sect. II, nos 17 et 19 (t. I, p. 243).

pas avec le testateur; elle ne s'applique pas davantage aux donations. Il est de l'essence de la libéralité de procéder de la seule volonté du disposant, de son affection ou de sa bienfaisance; dès que les dispositions sont surprises par dol, elles ne sont plus l'œuvre du donateur et du testateur, elles sont l'œuvre du dol, puisqu'on suppose qu'elles n'auraient pas été faites sans le dol. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord sur ce point (1). Il avait été jugé par la cour de Dijon que l'article 1116 devait être appliqué aux donations, et que par suite elles ne pouvaient être annulées qu'à l'égard des contractants qui auraient pratiqué les manœuvres frauduleuses. Sur le pourvoi, l'arrêt fut maintenu, parce qu'il se justifiait par d'autres motifs; mais la cour de cassation crut devoir remarquer que le premier motif pouvait être justement critiqué (2). Il suffit donc qu'il y ait dol, et que les manœuvres frauduleuses aient porté le testateur à disposer au profit du légataire, de sorte que, sans ces manœuvres, il n'eût point disposé comme il l'a fait : question de fait que le juge décide d'après les circonstances de la cause, et cette appréciation est souveraine (3).

Nous nous bornerons à citer une décision qui applique ces principes avec une juste sévérité. Les tribunaux sont appelés, en cette matière, à sauvegarder la morale contre les manœuvres honteuses de la cupidité. Une veuve plus que sexagénaire donne son disponible à son domestique, lequel, dit le jugement, avait mis sa jeunesse au service des passions lubriques de sa maîtresse. Il est rare que la débauche crapuleuse n'ait point pour compagnes toutes les mauvaises passions. Le domestique entretenu eut recours à toute espèce de manœuvres frauduleuses pour persuader à la testatrice que sa bru voulait l'empoisonner et que sa petite-fille n'était pas née des œuvres de son fils; c'est sous l'empire de ces menées odieuses, de ces ma-

(1) Rejet du 18 mai 1825 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 251). Besançon, 26 novembre 1856 (Dalloz, 1857, 2, 138). Comparez Furgole, chap. V, sect. II, n° 13, p. 242).

(2) Rejet, 8 août 1837 (Dalloz, n° 251).

(3) Rejet, 15 mai 1861 (Dalloz, 1862, 1, 326).

nœuvres dolosives que l'aïeule déshérita sa petite-fille au profit de son domestique : la cause du legs que la testatrice faisait n'était donc autre que la calomnie et la fraude que ce misérable avait mises en œuvre pour surprendre des dispositions que, malgré sa dégradation, cette femme coupable n'eût pas faites sans ces suggestions frauduleuses. Il va sans dire que le testament fut annulé (1). Les tribunaux font bien d'user de rigueur ; elle peut être salutaire pour arrêter ceux qui seraient tentés de spéculer sur la débauche.

131. Le dol joue un grand rôle dans les annales judiciaires, sous le nom de captation et de suggestion. Ces mots n'ont pas un sens très-précis. Voici comment Pothier définit la captation : « On appelle motif de captation, lorsque je fais un legs à quelqu'un, dans la vue de l'engager à en faire de son côté, soit à moi, soit à quelque autre personne pour qui je m'intéresse. Comme si j'avais légué ainsi : Je lègue telle somme à Pierre s'il m'en lègue autant, ou s'il en lègue autant à ma sœur (2). » On appelait ces legs captatoires, et on les annulait ; à vrai dire, c'était un marché plutôt qu'une libéralité. Les legs captatoires ne sont plus dans nos mœurs. Les cas que l'on cite sont plutôt des cas de dol. Ainsi, un légataire universel fait une disposition au profit du testateur, à la même date et dans les mêmes termes que le testament de celui-ci ; or, il se trouve que ce légataire est sans fortune, tandis que le testateur qui l'avait institué avait des biens considérables. La disposition qu'il faisait était donc fictive ; c'était une des fraudes qu'il avait employées pour circonvenir l'esprit du testateur. Partant, il y avait dol, et c'est pour dol que le testament fut annulé (3). Dans une autre espèce, le légataire avait remis à la testatrice un testament semblable à celui qu'il voulait lui surprendre, sachant bien que le legs qu'il lui faisait ne pouvait avoir d'effet, à cause de la position désespérée où se trouvait la testatrice. C'était une manœuvre frauduleuse à ajouter à toutes celles que

(1) Rejet, 30 mai 1870 (Dalloz, 1870, 1, 423).
(2) Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 27.
(3) Paris, 31 janvier 1814 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 250).

le légataire avait employées pour surprendre la femme qu'il trompait (1). Ce n'est pas là le legs captatoire de Pothier.

132. Nous entendons aujourd'hui par captation les moyens plus ou moins indélicats et malhonnêtes par lesquels on s'attire l'affection ou la bienveillance d'une personne, dans le but de lui surprendre des libéralités. La captation est donc prise en mauvaise part. Il en est de même de la suggestion. Elle suppose aussi que celui qui suggère au testateur les dispositions qu'il prend, le fait dans son intérêt, et en abusant de l'influence qu'il a sur l'esprit et la volonté du testateur. La captation et la suggestion sont-elles des causes de nullité des actes à titre gratuit? Jadis elles formaient un vice spécial aux donations et surtout aux testaments. Le code ne les mentionne pas comme causes particulières de nullité. En faut-il conclure qu'elles n'existent plus dans notre droit moderne? Nous avons cité plus haut la disposition du projet de code qui abolissait l'action en nullité fondée sur la captation et la suggestion, et nous avons transcrit le passage de l'Exposé des motifs qui explique le silence du code. Il est certain que la captation et la suggestion ne forment plus des causes spéciales de nullité; elles n'en vicient pas moins les donations et testaments, par application du principe que le dol vicie toute manifestation de volonté(2). C'est la doctrine de Furgole; il l'a exposée avec une grande netteté : « La suggestion et la captation ne sont pas des moyens propres et particuliers pour annuler les dispositions testamentaires; ils sont une branche et une dépendance du dol qui doit leur servir de fondement (3). » Furgole ne parle que des dispositions de dernière volonté, parce qu'il ne traitait que des testaments. Il va sans dire que le même principe s'applique aux donations; car le dol vicie le consentement dans les actes entre-vifs, comme il vicie l'expression de la volonté dans les testaments. En

(1) Rejet du 14 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Dispositions*, p. 120, note 2).

(2) Voyez plus haut, n° 123. Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 407, n° 384.

(3) Furgole, chap. V, sect. III, n° 4 (t. I, p. 247).

fait, la captation et la suggestion sont plus rares dans les donations que dans les testaments, parce que le donateur qui doit se dépouiller résiste aux manœuvres que l'on pratique pour lui arracher une libéralité, tandis que celui qui dispose, à la veille de mourir ou en vue de sa mort, cède plus facilement aux obsessions, parce qu'il ne dépouille que ses héritiers ; mais si la captation est plus difficile entre-vifs, elle n'est pas impossible, et dès qu'il y a dol, la donation doit être annulée s'il est prouvé que le dol est la cause de la libéralité. Il a été jugé que le dol, la fraude et toute influence extérieure qui vicie la volonté du disposant, annule la donation; et par application de ce principe, la cour de Douai a annulé la donation faite à la femme qui, par d'obscures manœuvres et par des voies coupables, excitait dans son intérêt personnel les mauvaises passions du père et lui persuadait de spolier son fils (1).

Il n'y a pas à distinguer non plus entre les diverses formes de testament. Dans l'ancien droit, quelques auteurs prétendaient que la captation et la suggestion ne pouvaient être invoquées comme viciant les testaments olographes, parce que ces testaments, étant l'œuvre exclusive du testateur, échappaient par cela même à toute influence extérieure. On retrouve cette singulière distinction dans un arrêt de la cour de Riom (2). S'il y avait une différence à établir entre les divers testaments, il faudrait dire plutôt qu'il n'y en a pas qui soient plus sujets aux influences abusives que les testaments olographes, puisqu'ils se font en secret, dans le silence du cabinet, alors que le testateur est sans protection aucune contre la violence ou les manœuvres qui l'assiégent; tandis que s'il teste dans la forme authentique, il a un protecteur : telle est du moins la mission du notaire. A vrai dire, aucune forme ne donne une garantie contre le dol et la fraude : les testaments qui ont été attaqués et annulés pour cause de violence, de captation et de suggestion, de même que ceux qui ont

(1) Douai, 10 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 254).
(2) Riom, 2 juillet 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 473). Comparez les auteurs cités par Dalloz, *ibid.*, n° 253, et par Demolombe, t. XVIII, p. 419, n° 398.

été cassés pour insanité, sont presque tous l'œuvre d'un officier public.

Enfin, on ne distingue pas si le dol a été pratiqué par les légataires institués ou par des tiers. La cour de Bruxelles l'a décidé ainsi (1) : décision très-juridique, à notre avis. Il est vrai qu'en matière de contrats, le dol doit être l'œuvre de l'une des parties; mais cette disposition, spéciale aux obligations conventionnelles, ne doit pas être étendue au droit héréditaire. Nous l'avons prouvé en expliquant l'article 783 (2), au titre des *Successions*.

133. La jurisprudence a consacré la doctrine de Furgole. Il est vrai, dit la cour de cassation, que le code civil ne déclare pas expressément que les donations et testaments pourront être attaqués pour cause de captation ou de suggestion; mais il admet que le dol et la fraude vicient les actes, et que la preuve en est toujours admissible. Or, la captation et la suggestion ne sont autre chose que des faits de dol et de fraude employés à l'égard d'un testateur ou d'un donateur; on en doit donc admettre la preuve, en vertu du droit commun (3). Cette espèce de dol rentre même dans les termes de l'article 901. On a toujours considéré comme n'étant pas sain d'esprit, dit la cour de Dijon, l'individu qui, victime d'artifices frauduleux, de dol ou d'autres machinations coupables, agit contrairement à sa véritable volonté, et par suite ne donne pas un libre et véritable consentement. La suggestion frauduleuse, continue l'arrêt, est une espèce de dol et de fraude qui, étant d'une nature plus subtile et plus déliée, n'en est que plus dangereuse, car elle agit par des routes obscures et souterraines, suivant l'expression de Cochin, et se masque avec art, non-seulement aux yeux du public, mais même aux yeux de celui qu'elle enchaîne et opprime; elle vicie donc le consentement, et en ce sens, on peut dire que le donateur ou le testateur n'est pas sain d'esprit (4).

(1) Bruxelles, 23 décembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 267).
(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 417, n° 354.
(3) Rejet, 4 mars 1824 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 248).
(4) Dijon, 19 février 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 249, 3°).

De là suit que la preuve de la captation et de la suggestion n'est admissible que pour autant que les faits dont on veut les faire ressortir sont empreints de dol. La captation n'est donc pas une cause particulière qui vicie les actes à titre gratuit; ce sont des manœuvres doleuses employées auprès du testateur pour lui surprendre ses dernières volontés. Il faut par conséquent demander la nullité, non pour captation ou suggestion, mais pour dol, en prouvant que le testament n'est plus l'expression de la volonté du testateur; que, victime des manœuvres frauduleuses par lesquelles on l'a aveuglé, il a fait ce qu'il n'a pas voulu faire (1).

La captation est donc essentiellement une question de fait; le dol ne se présume pas, dit l'article 1116, et doit être prouvé : ce qui allait sans dire. Il nous a semblé, en parcourant les nombreux arrêts rendus en cette matière, que les tribunaux témoignaient un respect excessif pour la volonté du disposant. Cette espèce de préjugé tient, croyons-nous, à une erreur de droit : la cour de Colmar l'a énoncée formellement. Nous admettons avec elle que l'on ne doit pas considérer comme manœuvres dolosives, ni comme moyens de captation frauduleux, les soins qu'un parent donne à sa parente en état de maladie, non plus que le soin qu'il prend de ses affaires, ni même les insinuations à l'aide desquelles ce parent cherche à gagner sa bienveillance et à obtenir des libéralités : il faut qu'il y ait fraude et dol. C'est dans l'appréciation des manœuvres frauduleuses que la jurisprudence montre, à notre avis, une indulgence extrême. La cour de Colmar nous dira la raison de la faveur que les tribunaux accordent aux actes de dernière volonté. « C'est une grave erreur, selon elle, de prétendre que le testament dérogeant à l'ordre des successions établi par la loi doit être vu avec défaveur par la justice; au contraire, la loi qui appelle à la succession les héritiers du sang n'étant, dans l'intention du

(1) Liége, 18 mars 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 335, et Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 249, 4°). Bruxelles, 30 novembre 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 197), et 4 novembre 1869 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 23). Gand, 15 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 109, et Dalloz, n° 249, 4°).

législateur, que le testament présumé de celui qui n'a pas disposé, il s'ensuit que la volonté de l'homme tient la première place, que celle de la loi ne vient qu'après, au cas où l'homme n'a pas exprimé une volonté contraire (1). Cette doctrine est celle du droit romain, ce n'est pas celle de nos coutumes; nous l'avons prouvé ailleurs par le témoignage de Domat (2). Et si l'on consultait la réalité, si, dans chaque espèce, on mettait en regard la volonté capricieuse ou aveuglée du testateur et la volonté du législateur, ne faudrait-il pas dire avec d'Aguesseau que la loi est plus sage que l'homme, et que l'on a tort de témoigner tant de respect pour une volonté qui le plus souvent est inspirée par la passion?

134. Nous nous bornerons à citer quelques traits de captation et de suggestion. Un prêtre fait métier de capter des hérédités. Tantôt il a l'art de faire exhéréder des frères et sœurs à son profit; une autre fois, ne pouvant, comme confesseur, obtenir un legs, il se fait nommer exécuteur testamentaire. Les testaments sont sa spécialité; mais il finit par se compromettre. Il assiége littéralement une vieille femme qui avait toujours témoigné l'intention de mourir *ab intestat*; il écarte les parents légitimes, il reste en permanence auprès de la mourante, abandonnant sa cure, laissant là ses devoirs spirituels pour soigner ses intérêts temporels, aux dépens des héritiers. Cette dernière campagne ne lui réussit point; le testament fut cassé (3).

Très-souvent la captation est exercée par les domestiques. Nous laissons la parole à la cour d'Aix : « La légataire ne s'est pas bornée à captiver l'esprit de son maître par l'assiduité de ses soins et les témoignages de son dévouement; elle a eu recours à la ruse, au mensonge et aux plus odieuses calomnies envers la fille unique du testateur, cherchant à lui enlever l'affection de son père pour lui ravir plus sûrement son héritage. Elle avait subjugué de telle sorte l'esprit affaibli du vieillard, qu'il ne

(1) Colmar, 18 août 1841 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 249, 1°).
(2) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 565, n°s 477-484.
(3) Bruxelles, 21 avril 1808 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 250, p. 210).

redoutait rien tant qu'une visite de sa fille; ce système d'intimidation, longtemps poursuivi, finit par donner à la servante un empire absolu sur l'esprit d'un homme dont les forces morales allaient toujours s'affaiblissant. » L'excès de cupidité la perdit; un testament olographe lui accordait des avantages considérables, elle voulut avoir toute la fortune; elle fit dresser un testament mystique, œuvre de sa volonté exprimée sous le nom de son maître. Le testament fut cassé (1). Les moyens de captation varient peu; ils sont, pour ainsi dire, stéréotypés. On gagne d'abord l'affection de son maître par des soins et des complaisances que la morale n'approuve pas toujours; à mesure que les forces physiques et intellectuelles du vieillard s'affaiblissent, l'influence incessante de la femme qui le sert augmente; elle repousse tous les parents qui viennent le visiter ou éloigne les amis qui sont favorables à la famille. Puis viennent les insinuations calomnieuses; on dénonce les héritiers présomptifs comme ingrats et méchants, impatients de saisir une fortune qui tarde trop à leur échoir, désirant la mort de leur parent et capables de tout pour arriver à leur but. Quand la captation et la suggestion présentent ces caractères odieux, les tribunaux ne manquent guère d'annuler les testaments comme étant l'œuvre du dol et de la fraude (2).

135. Nous n'entendons pas dire que toute captation ou toute suggestion vicie la volonté du disposant. Furgole fait à ce sujet des observations dont nous ne contestons pas la justesse, bien qu'elles fassent peu d'honneur à la nature humaine. « Les livres des Romains, dit-il, sont pleins d'exemples où l'on voit des moyens plus ou moins malhonnêtes employés pour s'attirer des libéralités, comme l'affectation de rendre des services, les présents, les assiduités, les complaisances, les amitiés déguisées et autres voies obliques désapprouvées par les gens qui se piquaient d'une exacte probité; les libéralités ainsi obtenues n'ont

(1) Aix, 11 août 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 258, 9°).

(2) Amiens, 23 mai 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 258, 7°). Comparez Rejet, 7 juin 1858 (Dalloz, 1858, 1, 451), 30 mai 1870 (Dalloz, 1870, 1, 423) et 17 juillet 1871 (Dalloz, 1872, 1, 37).

jamais été annulées; on les trouve confirmées, au contraire, par deux ou trois textes formels. Ces voies ne sont pas louables, à cause du motif d'intérêt sordide qui en est le mobile; elles ne sont pourtant pas illicites, parce qu'elles n'ont pas une liaison nécessaire avec le dol ou la fraude; or, il ne faut pas perdre de vue que c'est le dol seul qui fait de la captation une cause de nullité. Il en est de même de la suggestion; c'est une persuasion, une inspiration, un conseil. Tant que le solliciteur se borne à des caresses, à des services, à des prières, fussent-elles importunes, la volonté du disposant reste néanmoins libre; il n'y a que le mensonge et la fraude qui corrompent l'esprit et vicient la volonté (1).

La jurisprudence est en ce sens, et elle met de plus une indulgence excessive dans l'appréciation des faits. Un homme dispose au profit de ses domestiques. Les soins, dit l'arrêt, les prévenances, les démonstrations exagérées d'attachement dont ses serviteurs l'entouraient, quelque intéressées qu'on les suppose, les insinuations mêmes qu'ils se permettaient pour provoquer des libéralités en leur faveur, n'offrent point le caractère de fraude et de dol. Soit. Mais l'arrêt ajoute que les légataires avaient desservi auprès du testateur ses héritiers naturels. Voilà un fait dont les tribunaux doivent tenir compte, c'est le poison de la calomnie que des mains perfides versent goutte à goutte dans l'esprit du vieillard; le juge doit être le gardien de la morale tout ensemble et du droit, en réprimant ces menées odieuses. La cour de Bordeaux crut que les faits ne donnaient pas la *certitude* d'une *contrainte morale* exercée sur le testateur, telle qu'elle aurait dû *nécessairement* altérer sa volonté dans son principe (2). C'est se montrer bien sévère pour les héritiers légitimes et bien complaisant pour les légataires qui les spolient.

Nous voudrions que le droit fût en harmonie avec la morale; or, la morale réprouve l'hypocrisie de l'affection

(1) Furgole, chap. V, sect. III, nos 15, 25, 26, 36 (t. I, p. 249, 252, 253 et 257).
(2) Bordeaux, 19 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 5, 151).

et la simulation du dévouement (1); il y a là un dol moral, et en cette matière, les organes de la loi doivent se montrer plus rigoureux que dans les contrats, parce que la loi elle-même est en quelque sorte en cause : le testateur prétend être plus sage que le législateur, et il se laisse tromper par des soins intéressés, par des prévenances affectées; il est dupe, en définitive, de ceux qui exploitent sa simplicité. Qui doit l'emporter : la disposition toujours sage de la loi, ou la disposition d'un testateur qui se laisse tromper par des valets? Là où il y a une dupe, il y a aussi des trompeurs, donc un dol. Nous n'admettons que la captation honnête, s'il est permis d'accoler ces deux mots, l'affection véritable, les bons procédés, les caresses qui viennent du cœur (2). Nous dirons la même chose de la suggestion; quand elle se fait dans un intérêt personnel, elle est coupable; mais nous admettons volontiers, avec la cour de Bruxelles, que les conseils désintéressés sont un droit et parfois un devoir. Elle l'a jugé ainsi dans une espèce où l'abus se trouve bien près du droit; mais l'abus ne détruit pas le droit. Le confesseur conseille, il recommande la réparation d'un tort, d'une injustice; il est dans son rôle, disons mieux, il remplit sa mission (3). Mais si, par de terribles menaces, il trouble l'esprit du testateur, il ne conseille plus, il commande ou il défend, et aux yeux de la loi il n'a pas ce droit.

136. C'est surtout pour les dons et legs faits à des concubines que nous voudrions plus de rigueur. L'ordonnance de 1629 (art. 132) prohibait les dons entre concubins; un édit de Charles-Quint de 1540 défendait aux mineurs de donner leurs immeubles, par testament, à leurs concubines. Nous regrettons que ces dispositions n'aient pas été maintenues par le code civil. Le projet reproduisait la prohibition de l'ordonnance; elle fut rejetée par des raisons de morale. Pour l'honneur des familles, dit-on, et même dans l'intérêt de l'ordre public, il ne doit pas être permis de scruter la vie privée de l'homme qui n'est

(1) Pau, 14 février 1859 (Dalloz, 1859, 2, 104).
(2) Aix, 14 mai 1857 (Dalloz, 1857, 2, 148).
(3) Bruxelles, 28 juillet 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 250).

plus, la nature de ses liaisons, le caractère de ses faiblesses; le scandale qui résulterait de ces débats serait plus dommageable à la société que la perte, pour les collatéraux, d'une fortune dont le testateur fait un mauvais usage. Nous avouons que cette morale-là n'est pas de notre goût. On craint le scandale! Et on ne s'aperçoit pas qu'on le fait naître : n'est-ce pas favoriser, encourager le concubinage, que de laisser aux concubines l'espérance et presque la certitude que leur honteuse complaisance, disons le mot, que leur prostitution recevra sa récompense? On craint le scandale! Nous demanderons si le scandale n'existe que dans les débats judiciaires qui ont pour objet de casser des libéralités dont la cause est le libertinage? Ou le vrai scandale ne s'étale-t-il pas dans le luxe que les femmes entretenues affichent, et du vivant de ceux qui les entretiennent, et après leur mort? On craint le scandale! Mais le scandale court les rues! Qui donc ignore ces relations honteuses? Il resterait un acte de justice, de moralité à accomplir, en enlevant à des prostituées l'héritage dont elles dépouillent les héritiers. Si scandale il y a, ce scandale-là n'est certes pas immoral, il ne peut que profiter aux bonnes mœurs.

On a essayé de soutenir que les prohibitions des anciennes ordonnances sont encore en vigueur. Une jurisprudence constante s'est prononcée pour la négative, et, en vérité, il n'y a pas l'ombre d'un doute. La loi du 30 ventôse an XII (art. 7) abroge les lois antérieures dans toutes les matières qui sont l'objet du code civil; or, nous avons un chapitre spécial sur les incapacités de recevoir à titre gratuit; donc l'ancien droit relatif à cette matière est abrogé. Reste à savoir si le code maintient l'incapacité des concubines. La question est tranchée par l'article 902, aux termes duquel toutes personnes peuvent recevoir à titre gratuit, excepté celles que la loi en déclare incapables. Et où est la loi qui établit l'incapacité des concubines? On a cru la trouver dans l'article 1131 qui exige une cause licite pour l'existence de toute obligation. Nous reviendrons sur cette face de la question en expliquant l'article 900. Toujours est-il certain que les concu-

bines, comme telles, ne sont plus frappées d'incapacité (1).

Il suit de là que le concubinage ne peut plus être invoqué comme cause de nullité des donations ou testaments. Est-ce à dire qu'on ne puisse pas s'en prévaloir dans les procès de captation et de suggestion? La jurisprudence se montre, en général, favorable au maintien des libéralités, alors même qu'elles sont faites à des concubines, et qu'on les attaque pour cause de captation. Nous concevons le scrupule des tribunaux; ils ne veulent certes pas favoriser les concubines et encourager le concubinage. Mais les concubines n'étant plus incapables de recevoir, il ne faut pas qu'on rétablisse indirectement, sous le nom de captation, l'incapacité dont elles étaient frappées jadis; si donc les héritiers qui attaquent un testament pour captation se fondent uniquement sur le concubinage, leur demande doit être rejetée; ils ne peuvent pas même être admis à prouver le concubinage, puisque la preuve, en la supposant faite, serait frustratoire, le testament devant être maintenu malgré le concubinage (2). Le demandeur qui invoque la captation doit prouver le dol; or, le concubinage n'a rien de commun avec le dol qui trompe le testateur; si donc le concubinage n'a été accompagné d'aucune manœuvre dolosive, si c'est l'affection, suite de ces relations immorales, qui a dicté les libéralités, elles sont inattaquables (3), alors même que le testateur aurait déclaré et avoué le concubinage (4). Il y a des cours qui sont allées plus loin, et qui ont refusé de tenir compte du concubinage, même comme moyen de captation et de suggestion (5). Une cour a été jusqu'à valider un testament fait en faveur d'une concubine, alors qu'il était établi que celle-ci avait brouillé le testateur avec sa famille, qu'elle l'avait porté à intenter un procès odieux à ses parents,

(1) Nous nous bornons à citer deux arrêts qui discutent très-bien la question (Rouen, 8 janvier 1827 et Pau, 20 mars 1822, dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 269, p. 132 et suiv.). Comparez Rejet, 2 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 1, 377).

(2) Comparez Liége, 11 avril 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 141).

(3) Dijon, 5 février 1863 (Dalloz, 1863, 2, 53).

(4) Bruxelles, 25 janvier 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 9).

(5) Grenoble, 5 juin 1822 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 270).

qu'elle l'excitait continuellement à la boisson et à l'ivresse (1). C'est se mettre en opposition avec la réalité des choses; il faut sans doute qu'il y ait dol, puisque tel est le fondement de l'action; mais le concubinage ne favorise-t-il pas ces manœuvres? n'ouvre-t-il pas l'oreille et l'âme aux suggestions perfides? C'est donc un fait que l'on doit prendre en considération. Il a été jugé, en ce sens, que la libéralité doit être annulée lorsqu'elle a été un moyen de corruption, le salaire du vice, ou le résultat de la captation et de la suggestion (2). Cela est un peu confus. Nous préférons une décision de la cour de Lyon. « Si, dit-elle, en principe général, le concubinage n'entraîne pas la nullité des avantages que les concubins peuvent se faire, les circonstances dans lesquelles les dispositions ont été faites peuvent néanmoins prouver clairement que le donateur ne jouissait pas de la plénitude de sa raison. » Dans l'espèce, le testateur était courbé sous le joug impérieux de sa concubine; celle-ci avait fait expulser du domicile conjugal la femme légitime, qui fut obligée, pour vivre, de devenir domestique; elle avait fait expulser le père du testateur, vieillard de quatre-vingts ans, pour régner d'une manière plus absolue dans la maison de son maître. La cour en conclut que le testateur était sous l'empire d'une passion coupable qui lui ôtait sa liberté, que par suite il n'était pas sain d'esprit (3). Il ne s'agissait pas, dans l'espèce, de captation proprement dite, mais on y voit comment une passion aveugle peut dominer le testateur et le priver de sa liberté d'esprit; à plus forte raison peut-elle devenir un instrument de captation.

N° 6. DE L'ACTION EN NULLITÉ.

137. Qui peut demander la nullité pour insanité d'esprit? Comme la loi ne contient aucune disposition spéciale à cet égard, on reste sous l'empire des principes généraux.

(1) Rejet, 25 avril 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 273).
(2) Grenoble, 30 avril 1858 (Dalloz, 1858, 2, 164).
(3) Lyon, 25 mars 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 272, 1°). Comparez Bruxelles, 8 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 301), 25 janvier 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 26) et 21 novembre 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 243).

Il faut donc décider que tous ceux qui ont intérêt peuvent agir. D'ordinaire ce sont les héritiers *ab intestat* qui attaquent les testaments. Les légataires institués par un premier testament ayant leur titre à défendre, ont par cela même droit et intérêt à soutenir que le second testament est nul, parce que le testateur n'était pas sain d'esprit. La cour de Liége l'a jugé ainsi, et cela ne fait aucun doute (1).

138. Qui doit prouver l'insanité? La question paraît singulière : n'est-ce pas au demandeur à prouver le fondement de sa demande? Or, dans l'espèce, l'action se fonde sur l'insanité. Il n'y a d'exception à ce principe élémentaire que lorsque la loi établit des présomptions qui dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles sont établies. Y a-t-il de ces présomptions en matière d'insanité? L'insanité est une incapacité ; or, la capacité est la règle, ce qui veut dire qu'elle se présume (art. 902); d'où la conséquence que c'est à celui qui prétend que le testateur n'était pas sain d'esprit de le prouver (art. 1315).

Voilà ce que disent les principes les plus élémentaires. La doctrine ne s'en est pas contentée; elle a emprunté au droit romain des distinctions et des présomptions qui peuvent être fondées en théorie, mais qui ne sont guère conciliables avec nos textes (2). Si, dit-on, le testament ne contient que des dispositions sages et judicieuses, c'est aux héritiers qui l'attaquent à prouver la démence lors du testament; si, au contraire, le testament contient des dispositions qui font présumer la démence, bien que des circonstances particulières puissent les justifier, c'est au légataire de prouver la sanité du testateur. Cette distinction est en opposition avec le principe qui impose au demandeur le fardeau de la preuve; donc elle fait une exception à l'article 1315 : est-ce à l'interprète de distinguer là où la loi ne distingue pas, et de créer des exceptions? Non, certes. Nous n'entrons pas dans la discussion des

(1) Liége, 2 novembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 265, et Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 252).
(2) Coin-Delisle, p. 82, n° 9 de l'article 901. Demolombe, t. XVIII, p. 387, n° 361.

autres distinctions et présomptions que l'on établit, parce que, à notre avis, le législateur seul pourrait les consacrer.

139. Que doit prouver le demandeur? Nous avons déjà examiné cette question quand il s'agit de folie proprement dite (n° 116). Si, sans être aliéné, le testateur était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il faut naturellement que le demandeur établisse que la cause qui l'empêchait de manifester sa volonté existait lors de l'acte. Quant à la captation ou à la suggestion, la preuve à faire résulte de ce que nous venons de dire : il faut prouver les manœuvres frauduleuses par lesquelles le légataire ou un tiers a circonvenu et trompé le testateur.

Le demandeur doit-il articuler les faits qui prouvent que le testateur n'était pas sain d'esprit? Il a été jugé, en matière de démence, que le demandeur doit présenter des faits précis et pertinents (1). Quand l'action est fondée sur la captation et la suggestion, il ne suffit point que le demandeur dise que le légataire a employé la captation et la suggestion pour surprendre au testateur les libéralités qu'il en a reçues, car notre code n'admet pas la captation et la suggestion comme des causes spéciales viciant le testament; il faut préciser les manœuvres frauduleuses qui ont trompé le testateur et qui l'ont engagé à faire des legs qu'il n'aurait pas faits s'il n'avait été circonvenu par le dol et la fraude (2). Qu'entend-on par faits précis et pertinents? Un arrêt veut que les faits soient graves, convenablement circonstanciés, et que le demandeur indique les principales époques auxquelles ils se rapportent. La cour le décide ainsi parce que la mémoire du défunt doit être respectée de ses parents et héritiers (3). On voit, en lisant les arrêts, que la jurisprudence tend à rejeter les demandes de nullité fondées sur l'insanité d'esprit du testateur, et à maintenir par conséquent les testaments.

(1) Rejet, 17 août 1824, Besançon, 19 décembre 1810 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n°s 205, 3° et 207).

(2) Bruxelles, 14 juin 1806 et 21 novembre 1837 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 256); Liége, 8 mai 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 45).

(3) Rouen, 8 mai 1816 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 209).

L'ancienne jurisprudence, au contraire, facilitait les demandes en nullité, du moins en ce sens que si le testament était attaqué pour cause de démence, on n'exigeait pas que le demandeur articulât les faits desquels résultait la preuve de la folie; il suffisait d'alléguer la démence et d'en offrir la preuve (1). Nous croyons que cette jurisprudence est plus conforme à l'esprit de notre législation que la doctrine moderne.

Merlin invoque le principe que le code de procédure établit sur la preuve testimoniale : « Les faits, dit l'article 252, dont une partie demandera à faire preuve seront articulés succinctement. » Or, la démence n'est pas un fait proprement dit, c'est une habitude mentale, une manière d'être intérieure, qui se manifeste au dehors par des faits positifs. Ce n'est donc que sur ceux-ci que l'on peut apprécier celle-là. Nous nous étonnons de voir Merlin reproduire une objection à laquelle d'Aguesseau avait répondu d'avance. On la lui faisait dans la célèbre affaire du testament de l'abbé d'Orléans. L'ordonnance de 1667 exigeait, de même que le code de procédure, que les faits fussent articulés. Mais autre chose est un fait, autre chose sont les preuves de ce fait. Dans l'espèce, le fait, c'est la démence; les preuves du fait sont les circonstances que chaque témoin dépose. Comment peut-on savoir d'avance ce que les témoins déposeront? On n'apprendra les faits que par leurs dépositions : qu'on les écoute donc, si l'on tient à connaître la vérité (2).

En matière d'interdiction, la loi exige, il est vrai, que les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur soient articulés par écrit. L'article 493 fournit un argument d'analogie qui paraît invincible à Merlin. Est-ce que la preuve dans les deux cas n'est pas la même? n'a-t-elle pas le même objet? Dans l'une et l'autre hypothèse, il faut que le défendeur sache quels faits on articule, afin qu'il puisse les combattre par la preuve contraire? Nous répondrons que l'objet des deux procès est différent, comme

(1) Furgole, chap. IV, sect. II, n° 209 (t. I, p. 221); Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. I, § I, art. I, n° 9 (t. XXXIII, p. 279 et suiv.).
(2) D'Aguesseau, Œuvres, t. III, p. 401.

nous en avons déjà fait la remarque (n° 107). D'un côté il s'agit de priver un majeur de l'exercice de ses droits civils, en le frappant d'une incapacité absolue en tout ce qui concerne ses intérêts pécuniaires; aussi la loi veut elle que la folie soit habituelle, et on conçoit qu'elle se montre difficile dans l'admission de la preuve; tandis que la demande en nullité d'un testament s'intente après la mort du testateur, elle a un objet particulier et strictement déterminé, l'insanité d'esprit au moment de l'acte. Voilà le fait articulé nettement, et le défendeur sait très-bien quelle preuve il devra opposer à celle du demandeur (1).

Si nous insistons tant sur une question de procédure, c'est qu'ici la forme emporte le fond. Le plus souvent les tribunaux arrêtent l'action au début; ils la déclarent non admissible, parce que les faits ne sont ni précis ni pertinents. Sans doute les tribunaux doivent avoir, dans cette matière, un certain pouvoir d'appréciation. Les héritiers blessés dans leur intérêt sont toujours disposés à soutenir que le défunt n'était pas sain d'esprit : à quoi bon admettre des demandes qui ne peuvent aboutir qu'à un scandale inutile? Si les faits ne se rapportaient pas au moment où le testament a été rédigé (2), s'ils n'établissaient pas l'insanité du testateur, alors même qu'ils seraient prouvés (3), s'ils étaient détruits par les éléments de la cause (4), s'il résultait d'actes authentiques que le testateur n'a jamais cessé d'être sain d'esprit (5), le juge ferait bien de rejeter une enquête frustratoire. Mais rejeter la preuve parce que les faits n'ont pas un caractère suffisant de gravité ou de précision (6), n'est-ce pas préjuger ce que

(1) L'opinion générale est contraire. Coin-Delisle, p. 86, n° 21 de l'article 901. Demolombe, t. XVIII, p. 396, n° 368.

(2) Douai, 5 mai 1851 (Dalloz, 1854, 5, 245). Agen, 7 mai 1851 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 205, 1°).

(3) Rejet, 6 mars 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 203). Bruxelles, 19 février 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 198). Liége, 25 janvier 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 133).

(4) Liége, 28 mai 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 379) et 3 juillet 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 176).

(5) Rejet, 22 nivôse an IX (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 205, 2°).

(6) Bruxelles, 21 novembre 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 243); Liége, 28 décembre 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 25).

l'enquête établira? Les juges peuvent-ils deviner ce que les témoins viendront déposer? On rejette parfois la preuve systématiquement, parce que les testaments paraissent plus favorables que la succession *ab intestat*. Cela est en opposition avec l'esprit traditionnel du droit français, qui préfère la sagesse de la loi à celle de l'homme. Cela est, en outre, très-dangereux, car à force d'être favorable aux légataires, on court risque de dénier justice aux héritiers. Ne vaudrait-il pas mieux écouter les uns et les autres, sauf à punir le plaideur téméraire en mettant les frais à sa charge?

140. L'on a soutenu que les juges pouvaient réduire les libéralités en cas de captation et de suggestion; il y a un arrêt en ce sens; la cour de cassation l'a cassé, et à juste titre (1). C'est à peine si la question peut être posée. Lorsqu'il y a réellement captation, la volonté du testateur est viciée, et quand le consentement est vicié, annule-t-on l'acte pour partie? Ce serait l'arbitraire en plein, un arbitraire aussi contraire au bon sens qu'aux principes de droit.

Autre est la question de savoir si, en cas de captation, tous les legs doivent être annulés. Il y a, sous ce rapport, une différence entre l'insanité d'esprit et la captation. L'insanité vicie toutes les dispositions, parce qu'il en résulte une incapacité absolue; tandis que la captation ne vicie que les libéralités qui ont été surprises par les manœuvres frauduleuses. Quand le testateur, sous la funeste influence d'une concubine, fait des legs qui sont le fruit du dol, ces legs doivent être annulés, parce que, en les faisant, le défunt n'était pas sain d'esprit. Mais s'il fait une libéralité qui n'a rien de commun avec les manœuvres captatoires, le legs subsiste, parce que le testateur l'a fait en pleine liberté d'esprit. La cour de cassation a jugé en ce sens (2), et cela n'est point douteux.

(1) Cassation, 22 janvier 1810 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 262).
(2) Rejet, 17 juillet 1871 (Dalloz, 1872, 1, 37).

§ II. *Des mineurs.*

141. Le mineur est frappé d'une incapacité relative, en vertu des articles 903 et 904 qui sont ainsi conçus : « Le mineur âgé de moins de seize ans ne pourra aucunement disposer, sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre. » « Le mineur parvenu à l'âge de seize ans ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. » Il résulte de ces articles qu'en principe le mineur ne peut pas faire de donation entre-vifs, sauf par contrat de mariage. Ce n'est qu'à la majorité que l'homme est capable des actes de la vie civile (art. 488). Le mineur est régulièrement sous puissance paternelle ou sous tutelle, et, par suite, il n'a pas même l'administration de ses biens ; il n'en peut pas disposer à titre onéreux, bien moins encore est-il capable d'en disposer à titre gratuit. Est-il émancipé, la loi lui donne seulement le droit de faire des actes de *pure administration* (art. 484); ce qui implique l'incapacité de donner, puisque en donnant le mineur se dépouillerait sans compensation aucune. Le législateur ne voit pas même de bon œil les donations faites par un majeur, parce qu'elles font sortir les biens des familles ; à plus forte raison, ne pouvait-elle pas permettre au mineur de disposer de ses biens entre-vifs, à un âge où l'homme est exposé à toutes les séductions des passions et où la loi doit même le protéger contre l'exagération de ses bons sentiments. Il n'y a donc pas à distinguer entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé (1). Seulement si le mineur est émancipé par mariage, il peut, dans son contrat de mariage, faire à son conjoint les mêmes libéralités qu'un majeur peut faire ; et la loi exige, en ce cas, le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (art. 1095, 1309 et 1398). Cette

(1) C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Taulier, lequel n'est fondé sur aucun principe (Coin-Delisle, p. 91, n° 3 de l'article 903 ; Demolombe, t. XVIII, p. 433, n° 410).

exception se justifie par la faveur que le législateur accorde au mariage ; l'expérience prouve que les donations favorisent le mariage ; d'ailleurs la loi couvre l'incapacité du mineur par l'assistance de ses ascendants ou de la famille.

L'exception confirme la règle ; la règle est donc que le mineur ne peut pas faire de donation entre-vifs. Pourquoi la loi lui permet-elle de disposer par testament lorsqu'il est parvenu à l'âge de seize ans? L'orateur du gouvernement dit que, dans les donations entre-vifs, la loi présume que le mineur serait la victime de ses passions ; « tandis que, dans les dispositions testamentaires, l'approche ou la perspective de la mort ne lui permettra plus de s'occuper que des devoirs de famille ou de reconnaissance (1). » Voilà une bien faible présomption. Si le mineur a des passions dont la loi se défie, ne pourra-t-il pas céder à un entraînement aveugle quand il teste aussi bien que lorsqu'il donne? On oublie toujours que la loi a disposé, et que la sagesse de la loi ne saurait être mise en parallèle avec l'inexpérience d'un enfant, à qui on ne permet pas l'aliénation de la moindre partie de ses biens. Et on lui permet de dépouiller sa famille! Il est vrai que la loi ne lui accorde qu'une demi-capacité. Nous comprenons une capacité restreinte, en ce sens que l'incapable devient capable pour une certaine catégorie d'actes, les moins importants, tels que les actes d'administration. Mais nous ne comprenons pas une demi-capacité pour un seul et même acte. Concevrait-on que la loi donnât au mineur le droit de vendre la moitié de ses biens? Cela n'aurait pas de sens. Il n'y en a pas davantage, à notre avis, à le déclarer capable de léguer la moitié de sa fortune et incapable de léguer l'autre moitié. Il eût été plus logique et plus rationnel de maintenir l'incapacité absolue du mineur pour les actes à titre gratuit comme pour les actes à titre onéreux.

142. Le mineur âgé de moins de seize ans ne peut disposer que par contrat de mariage. L'article 903 n'est

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. V, p. 314).

pas conçu en ces termes; après avoir déclaré que le mineur de seize ans ne peut aucunement disposer, la loi ajoute : « sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre. » Dans ce chapitre IX, nous trouvons un article qui concerne le mineur, et qui porte que le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage; et qu'avec ce consentement il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint. On demande si c'est la seule exception que le chapitre IX apporte à l'incapacité du mineur, quant aux donations qu'il peut faire à son conjoint. Il est encore traité dans ce chapitre des libéralités que les époux se font pendant le mariage. La question est de savoir si le mineur peut donner à son conjoint, en vertu de l'article 1096. On admet généralement la négative, et nous n'y voyons pas le moindre doute. Quelle est la règle en cette matière? C'est l'incapacité du mineur de donner entre-vifs. La loi y fait exception pour les donations que le mineur veut faire à son futur conjoint par contrat de mariage. Cette exception, comme toute exception, est d'interprétation rigoureuse; on ne peut donc pas l'étendre aux donations que le mineur voudrait faire pendant le mariage. Les exceptions ne s'étendent point, alors même qu'il y aurait des raisons d'analogie; et dans l'espèce, il n'y en a point. Si la loi permet au mineur de donner par son contrat de mariage, c'est que ces donations favorisent le mariage. Une fois le mariage contracté, cette raison cesse; la loi doit se défier des libéralités qu'un mineur marié voudrait faire à son conjoint. Elle s'en défie même quand l'époux est majeur; voilà pourquoi elle déclare ces donations révocables. On prétend que la révocabilité enlève tout danger aux donations faites entre conjoints, et que ces donations étant révocables, doivent être assimilées aux testaments. La réponse est facile, et elle est péremptoire. La donation faite pendant le mariage est une donation entre-vifs; elle opère le dessaisissement immédiat du donateur. A la vérité, il peut révoquer; mais si on la permettait au mineur,

la même faiblesse qui l'a porté à donner, l'empêcherait de révoquer sa donation. Il fallait donc maintenir le principe de l'incapacité (1).

143. Le mineur âgé de *moins de seize ans* est incapable; *parvenu à l'âge de seize ans*, il a une demi-capacité. Quand peut-on dire qu'il est parvenu à l'âge de seize ans? L'opinion générale est que les seize ans doivent être révolus. Nous n'y voyons aucun doute; le texte décide la question. L'article 903 dit : « Le mineur âgé de moins de seize ans. » Or, le mineur est âgé de moins de seize ans tant qu'il n'a pas seize ans accomplis. L'article 904 dit : « Le mineur parvenu à l'âge de seize ans; » or, peut-on dire qu'il est parvenu à l'âge de seize ans, alors qu'il est seulement entré dans sa seizième année? On oppose à cette interprétation un vieil adage qui dit que l'année est censée accomplie dès qu'elle est commencée. Avant de citer un brocard romain, on devrait voir si le code le consacre. Dans l'espèce, il s'agit d'une présomption; et y a-t-il une présomption sans loi (2)?

144. Le mineur âgé de seize ans ne peut disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. Pour savoir ce que le mineur peut donner, il faut donc supposer qu'il est majeur, calculer son disponible, en cette qualité, puis en prendre la moitié. Ne laisse-t-il pas de réservataires, il peut disposer de la moitié de ses biens, car s'il était majeur, il pourrait disposer de la totalité. A-t-il des ascendants dans les deux lignes, il aurait pu, s'il était majeur, donner la moitié de ses biens, il ne pourra donc disposer que du quart; s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne, le disponible général serait des trois quarts (art. 915), celui du mineur sera par conséquent des trois huitièmes. S'il a des enfants, le disponible du droit commun est de la moitié, du tiers ou du quart, selon que le défunt laisse un, deux, trois enfants

(1) Rejet, 12 avril 1843 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 232, 2°); Bordeaux, 18 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 125, et une excellente note de l'arrêtiste, où toutes les autorités sont citées).

(2) Duranton, t. VIII, p. 216, n° 186. Demolombe, t. XVIII, p. 430, n° 408.

ou un plus grand nombre ; donc le mineur ne pourra disposer que du quart, du sixième ou du huitième de ses biens (art. 913).

Le disponible du mineur est le même, quelle que soit la personne en faveur de laquelle il dispose. Si le mineur se marie, il peut, par contrat de mariage, donner à son conjoint tout ce que la loi permet au majeur de donner (art. 1095). Pendant le mariage, il ne peut pas faire de donation à son époux (n° 142), il peut seulement tester; or, sa faculté de tester est régie par l'article 904, et limitée à la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. On objecte l'article 1094 qui augmente le disponible ordinaire quand c'est un époux qui donne à son conjoint pendant le mariage. Mais l'article 1094 ne règle pas une question de capacité, il règle une question de disponibilité ; tandis que, dans l'espèce, il s'agit de savoir de quoi un mineur est *capable* de disposer ; or, la capacité du mineur est régie par les articles 903 et 904, combinés avec l'article 1095. Pour les donations par contrat de mariage, il est assimilé au majeur; pour les testaments, il ne jouit que d'une demi-capacité, sans distinction aucune. Et il n'y avait pas lieu de distinguer. Est-ce que par hasard la capacité du mineur augmente quand il dispose au profit de son conjoint? Est-il moins sujet à des séductions, à des entraînements? La jurisprudence (1) et la doctrine (2) sont en ce sens.

145. Nous disons que les articles 903 et 904 règlent une question de capacité et non de disponibilité. Il suffit de lire ces articles pour s'en convaincre. Tant que le mineur n'a pas seize ans, il est incapable ; il ne peut aucunement disposer, dit l'article 903. Voilà une incapacité absolue fondée sur l'âge, c'est-à-dire sur la faiblesse de la raison ; c'est l'application de l'incapacité générale qui frappe le mineur. Lorsqu'il est parvenu à l'âge de seize ans, la loi lui accorde seulement une demi-capacité, toujours à cause

(1) Paris, 11 décembre 1812, Limoges, 15 janvier 1822, Caen, 18 août 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 285).

(2) Duranton, t. VIII, p. 217, n° 187; Demolombe, t. XVIII, p. 447, n° 421.

de son âge; sa raison est plus développée; mais elle ne l'est pas assez pour lui donner une capacité entière, car il est toujours mineur, donc incapable. La disponibilité n'a rien de commun avec la raison du disposant, elle ne varie pas à proportion de l'âge de celui qui dispose, elle se détermine d'après les devoirs qu'il a à remplir et d'après la qualité et le nombre des héritiers qu'il laisse; tandis que le mineur reste relativement incapable, alors même qu'il n'y aurait aucun réservataire. Pourquoi ne peut-il disposer que de la moitié des biens, quoiqu'il ne laisse que des collatéraux? Ce n'est pas dans l'intérêt des collatéraux, c'est parce qu'il est incapable. Tout le monde est d'accord sur ce point (1). Il en résulte des conséquences très-importantes.

146. Un mineur âgé de moins de seize ans fait un testament; il décède à vingt ans ou après sa majorité. Son testament sera-t-il valable, au moins dans les limites de la capacité réglée par l'article 904? Pour tester, il faut avoir le droit de disposer au moment de l'acte; or, à ce moment, le mineur était incapable; il ne pouvait aucunement disposer, aux termes de l'article 903; donc son testament est nul, et il reste nul, bien qu'au moment de sa mort, il eût pu disposer de tout ou de partie de ses biens. C'est l'application des principes qui concernent l'époque à laquelle le disposant doit être capable.

Si le mineur avait seize ans au moment où il a testé, et s'il meurt majeur, quelle est la quotité de biens dont il aura pu disposer? Il a légué son disponible : quel est ce disponible? est-ce la quotité de biens dont un majeur peut disposer, ou est-ce la moitié de cette quotité? Par application du principe que nous venons d'établir, il faut décider, et sans doute aucun, que c'est le disponible réglé par l'article 904. En effet, c'est une question de capacité et non de disponibilité; or, la capacité doit exister au moment où le testateur dispose; et à ce moment le testa-

(1) Marcadé, t. III, p. 407, n° II des articles 903 et 904. Aubry et Rau, t. V, p. 605, et notes 2 et 3 du § 688.

teur était mineur et ne jouissait que d'une demi-capacité. Cela est décisif (1).

147. Le calcul reste le même lorsque les héritiers réservataires renoncent ou sont exclus comme indignes. Il n'y a, dans ce cas, que des héritiers non réservataires. S'il s'agissait d'un majeur, tout serait disponible; le mineur peut disposer de la moitié de ce dont le majeur peut disposer; le disponible sera donc de la moitié des biens. On objecte que c'est confondre la disponibilité avec l'incapacité, que la capacité se détermine au moment de l'acte et qu'elle ne peut pas être modifiée par des événements postérieurs au décès. Sans doute, la capacité doit être déterminée lors de l'acte; à ce moment, le disposant était mineur, donc il n'avait qu'une demi-capacité. Mais comment cette demi-capacité se règle-t-elle? Sur celle du majeur; le mineur peut donner la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. Et quel moment considère-t-on pour déterminer la quotité dont le majeur peut disposer? On a égard à la qualité des héritiers qui viennent à sa succession; donc si les réservataires renoncent, tout devient disponible pour le majeur, et par conséquent le mineur pourra disposer de la moitié de ses biens (2).

Les auteurs que nous combattons admettent le principe. Il faut, disent-ils, déterminer la quotité des biens dont le mineur est capable de disposer, non d'après la qualité des héritiers et leur nombre lors de l'acte, mais d'après le nombre et la qualité des héritiers qui existeront lors du décès. Si, lors du testament, le mineur avait ses père et mère, et si ceux-ci étaient décédés à l'époque de sa mort, de sorte qu'il ne resterait que des collatéraux, le mineur aura pu disposer de la moitié de ses biens (3).

(1) Marcadé, t. III, p. 408, n° II des articles 903 et 904. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 234. C'est la doctrine de tous les auteurs et la jurisprudence est conforme. Cassation, 30 août 1820; Grenoble, 7 juillet 1811; Bruxelles, 3 février 1829 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 286; *Pasicrisie*, 1827, p. 269, et 1829, p. 42).

(2) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, p. 94, note *a*. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 130, art. 913, 914, n° 16; Demolombe, t. XVIII, p. 451, n° 426; Aubry et Rau, t. V, p. 614, § 688.

(3) Demolombe, t. XVIII, p. 455, n° 428, d'après Demante, t. IV, p. 50, n° 22 *bis* III.

La seule difficulté est de savoir s'il faut appliquer le même principe au cas de renonciation. Oui, à notre avis, car la renonciation rétroagit (art. 785); les héritiers réservataires sont censés n'avoir jamais été héritiers; ils sont donc censés n'avoir pas existé lors de l'ouverture de l'hérédité; partant le disponible du mineur doit être calculé comme si celui-ci ne laissait que des collatéraux, ce qui conduit à la conclusion qu'il peut disposer de la moitié de ses biens.

148. Si le mineur excède la quotité de biens dont la loi lui permet de disposer, le legs sera-t-il nul ou seulement réductible? Si l'on appliquait exclusivement le principe de la capacité, il faudrait dire que le legs est nul, comme étant fait par un incapable. Mais l'incapacité n'est, en réalité, absolue que lorsque le mineur est âgé de moins de seize ans; dans ce cas, le testament est nul. Quand le mineur est âgé de seize ans, son incapacité n'est que relative; dans la limite de ce dont il peut disposer, il est capable; son incapacité ne commence que lorsqu'il dépasse cette limite. C'est dire que le testament est valable dans la mesure de ce dont le mineur a pu disposer; quant à l'excédant, le legs est nul; or, quand une disposition est valable pour une certaine quotité de biens, et nulle pour ce qui dépasse cette quotité, on la réduit.

D'après quels principes se fera la réduction? On s'accorde à décider qu'il faut appliquer les règles qui régissent la réduction en matière de réserve. Cependant il ne s'agit pas d'indisponibilité dans l'espèce. Si le mineur institue un légataire universel et qu'il meure laissant des parents collatéraux, il n'y a pas de réserve; néanmoins le mineur n'a pu disposer que de la moitié de ses biens; les héritiers légitimes peuvent donc agir en réduction. Quoiqu'il n'y ait pas de réserve proprement dite, il y a des biens indisponibles; on doit donc appliquer par analogie ce que le code dit de la réduction des libéralités qui entament la réserve. Le principe d'où dérive l'indisponibilité est différent, mais l'effet est le même. D'une part, l'indisponibilité dérive de l'incapacité du disposant; d'autre part, elle dérive de la qualité des héritiers; mais cela n'empêche pas qu'il n'y ait excès dans les dispositions, et

que par suite il ne faille réduire. La réduction a pour but, dans les deux cas, de faire rentrer les biens indisponibles dans la succession *ab intestat*. L'objet de l'action étant le même, il est naturel d'appliquer les mêmes principes. Si donc, outre le legs universel, il y a des legs à titre universel et à titre particulier, on les réduira tous au marc le franc, comme le veut l'article 926, sans distinguer entre les diverses espèces de legs. Cela est aussi fondé en raison, car la décision du code est basée sur l'intention probable du disposant (1).

149. La portion de biens dont la loi ne permet pas au mineur de disposer forme-t-elle une réserve? Non, certes; d'ordinaire ces biens sont recueillis par des réservataires, car le mineur qui décède laisse le plus souvent des ascendants; mais ils peuvent aussi être recueillis par des collatéraux qui n'ont jamais droit à une réserve. Les héritiers, réservataires ou non, prennent, à titre d'héritiers, les biens dont le mineur n'a pas pu disposer; car ces biens se trouvent dans la succession *ab intestat*, si le mineur ne les a pas donnés, et ils y rentrent par l'effet de l'action en réduction si le mineur en a disposé. Nous rentrons donc sous l'empire des principes qui régissent la succession *ab intestat*; ainsi le partage des biens indisponibles se fera d'après le droit commun. Le principe est généralement admis, mais l'application donne lieu à bien des difficultés (2).

Il y en a une sur laquelle il n'y a pas de doute, à notre avis. Le mineur institue un légataire universel; celui-ci a-t-il la saisine? Pour que la question puisse se présenter, il faut supposer qu'il n'y a pas de réservataires, ceux-ci étant toujours saisis de préférence au légataire universel (art. 1004). Si le mineur laisse des collatéraux, le légataire universel qu'il a institué aura-t-il la saisine? Non, par l'excellente raison que le légataire n'est pas un légataire universel. Pour être légataire universel, il faut avoir un droit, au moins éventuel, à l'universalité des biens dé-

(1) Duranton, t. VIII, p. 218, nos 189 et 190. Demolombe, t. XVIII, p. 456, nos 429 et 430.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 605 et note 2.

laissés par le testateur. Or, le mineur ne peut jamais disposer de tous ses biens, il ne peut donc pas faire de legs universel; celui à qui il a légué tous ses biens n'en aura qu'une quotité; il sera, par conséquent, un légataire à titre universel, et, comme tel, il ne peut pas avoir la saisine (art. 1011) (1).

150. Le mineur laisse ses père et mère, ou des ascendants dans les deux lignes et des collatéraux autres que frères et sœurs. Il lègue son disponible à un étranger. Dans cette première hypothèse, il n'y a aucune difficulté. Le mineur peut disposer du quart de ses biens; les trois autres quarts sont recueillis par les ascendants; leur réserve n'est que des deux quarts; quant au troisième quart, ils y ont droit en leur qualité d'héritiers. Mais supposons qu'il n'y ait des ascendants que dans une ligne, et dans l'autre des collatéraux autres que frères et sœurs; comment se fera, en ce cas, le partage des biens dont le mineur n'a pas pu disposer? La succession est de 24,000 fr., toutes dettes déduites; la réserve de l'ascendant étant du quart, un majeur aurait pu disposer de 18,000 fr., donc le mineur ne peut donner que 9,000 fr. Comment se partageront les 15,000 fr. restants? D'après le droit commun, c'est-à-dire entre les deux lignes par moitié; l'ascendant prendra donc 7,500 francs, et les collatéraux prendront l'autre moitié. La cour d'Angers l'a décidé ainsi, et la plupart des auteurs enseignent la même opinion. On a proposé un autre système, en calculant distributivement la part dont le mineur aurait pu disposer à l'égard de son ascendant et à l'égard de ses parents collatéraux. Si, dit-on, le testateur eût été majeur, il aurait pu disposer de 18,000 fr.; sur qui aurait-il pris cette somme? S'il n'avait pas testé, les 24,000 fr. se seraient partagés entre son ascendant et les collatéraux par moitié, donc 12,000 fr. pour chaque ligne. En disposant de 18,000 fr., il prend 6,000 fr. à son ascendant et 12,000 à ses parents collatéraux; le mineur ne peut leur enlever que la moitié,

(1) Comparez Poitiers, 22 janvier 1828 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 791), et Demolombe, t. XVIII, p. 452, n° 427.

c'est-à-dire 3,000 fr. à l'ascendant, 6,000 aux collatéraux; donc l'ascendant doit avoir 6,000 francs pour sa réserve, plus 3,000 fr. dont le mineur n'a pu disposer à son préjudice; restent pour les collatéraux les 6,000 fr. que le testateur n'a pu leur enlever à raison de sa minorité. La cour d'Angers a repoussé ce système. Toute succession, dit l'arrêt, doit se partager d'après le droit commun, à moins que la loi ne fasse une exception à la règle. Quand il y a des ascendants en concours avec des collatéraux, la règle veut que la succession se partage par moitié entre les parents des deux lignes. Y a-t-il une exception à cette règle? L'article 915 en fait une en faveur des ascendants réservataires; si le partage égal ne leur donne pas la quotité de biens qui leur est réservée, ils ont le droit de prélever leur réserve. Y a-t-il une autre exception dans le cas de l'article 904? Non, la loi ne s'occupe pas du partage des biens dont le mineur ne peut disposer; par cela seul, le partage reste soumis au droit commun, ce qui est décisif. Dira-t-on que le calcul de la portion disponible et de la portion indisponible doit se faire distributivement à l'égard des divers héritiers, ascendants et collatéraux? L'objection témoigne contre ceux qui la font; car ils introduisent dans la loi une distinction qui n'y est pas et qu'aucun principe n'autorise (1).

151. Faut-il suivre le même principe si le mineur a donné son disponible à un ascendant? Il a été jugé que celui-ci pouvait réclamer d'abord comme légataire la quotité dont le mineur peut disposer à l'égard du collatéral, c'est-à-dire 12,000 fr. dans une succession de 24,000 fr., puis, comme héritier, la moitié de l'autre moitié; de sorte qu'il aurait en tout 18,000 fr.; il resterait 6,000 fr. au collatéral (2). Ce partage est contraire au principe que l'on suit dans l'hypothèse où le disponible est donné à un étranger. La circonstance que le disponible est légué à

(1) Angers, 16 juin 1825 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 783, 1°). Duranton, t. VIII, p. 220, n°s 192 et 193. Aubry et Rau, t. V, p. 605, et note 4 du § 688; Demolombe, t. XVIII, p. 457, n° 432; Troplong, t. II, n° 819, p. 283 de l'édition belge).

(2) Aix. 9 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 789, 2°). Rouen, 27 février 1855 (Dalloz, 1857, 2, 36).

un ascendant change-t-elle le mode de partage? augmente-t-elle la réserve de l'ascendant? Non, car le disponible du mineur est étranger à toute idée de réserve; la loi le diminue, non à raison de la qualité des héritiers, mais à raison de l'âge du disposant. Donc il faut toujours procéder d'après le droit commun. Le disponible du mineur est le même dans la seconde hypothèse, puisque les héritiers sont les mêmes; il est de 9,000 fr.; restent 15,000 fr. à partager entre l'ascendant et le collatéral, ce qui donne en tout à l'ascendant 16,500 et au collatéral 7,500. Qu'oppose-t-on à ce mode de partage? La cour d'Aix dit qu'il aboutit à une conséquence monstrueuse, Troplong dit absurde (1): la voici. Si, au lieu d'un ascendant, le mineur avait laissé dans la même ligne un collatéral, il aurait pu donner à ce collatéral la moitié de ses biens par préciput, et le collatéral aurait eu de plus la moitié de l'autre moitié, c'est-à-dire les trois quarts. Conçoit-on que le mineur puisse donner moins à un ascendant qu'à un collatéral? Notre réponse est que la loi le veut ainsi, puisque, d'une part, elle fixe le disponible, non d'une manière distributive à l'égard des divers héritiers, mais à raison de la présence d'un ascendant, et que, d'autre part, les biens indisponibles doivent se partager d'après le droit commun, puisque la loi n'y fait pas exception. De quel droit l'opinion contraire fixe-t-elle le disponible à la moitié des biens? Parce que, dit-on, le mineur aurait pu enlever cette moitié au collatéral. Nous répondons que ce n'est pas là la règle établie par l'article 904. D'après la loi, on doit supposer que le mineur est majeur. Étant majeur, il pouvait disposer de 18,000 fr.; donc, comme mineur, il peut donner 9,000 et non 12,000. Et comment les biens non disponibles se partagent-ils? D'après le droit commun; donc par moitié. De quel droit fait-on exception à la loi commune? Le résultat est absurde. Eh! qu'importe? L'absurdité de la loi n'est pas une raison de s'écarter de la loi (2).

(1) Aix, arrêt précité du 9 juillet 1838. Bruxelles, 11 août 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 197). Troplong, t. II, n° 822; Demolombe, t. XVIII, p. 466, II, n° 435.

(2) Coin-Delisle, p. 131, n° 19 de l'article 915. Bayle-Mouillard sur

152. Il y a des points sur lesquels tout le monde est d'accord. Le partage des biens indisponibles se faisant d'après le droit commun, les ascendants peuvent invoquer le bénéfice de l'article 915, aux termes duquel les ascendants en concours avec des collatéraux ont seuls droit aux biens qui leur sont réservés dans le cas où un partage avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle la réserve est fixée. On suppose que le mineur laisse ses père et mère et des frères et sœurs; il a légué son disponible à un étranger; sa succession est de 20,000 fr. La réserve des père et mère étant de la moitié des biens, un majeur aurait pu donner 10,000 fr., le mineur ne peut disposer que de 5,000 francs. Restent 15,000 fr.; si on les partageait d'après le droit commun, les père et mère n'auraient que 7,500 fr.; donc leur réserve ne serait pas entière. C'est le cas d'appliquer l'article 915, en donnant aux père et mère les 10,000 fr. qui forment leur réserve, les frères et sœurs n'auront que 5,000 francs (1).

Les père et mère peuvent encore invoquer la disposition de l'article 754, qui donne au survivant d'entre eux, quand il est en concours avec des collatéraux, l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété. Cela est généralement admis, et nous n'y voyons aucun doute, malgré le dissentiment de quelques arrêts. Le partage devant se faire d'après le droit commun, pourquoi n'appliquerait-on pas l'article 754 aussi bien que les autres articles du titre des *Successions* qui règlent le partage? On s'est attaché aux termes de l'article 754, qui porte : « Dans le cas de l'article précédent; » or, cet article suppose que la succession est dévolue pour moitié aux ascendants survivants et pour l'autre moitié aux parents les plus proches de l'autre ligne, tandis que la succession ne sera pas partagée par moitié si l'on suppose que le disponible est légué au survivant des père et mère. Voilà ce

renier, t. IV, p. 92, n° 583 *quater*, note *a*; Aubry et Rau, t. V, p. 606, note 5 du § 688.

(1) Coin-Delisle, p. 130, n° 17 de l'article 915. Troplong, t. II, n° 820 (p. 284 de l'édit. belge). Demolombe, t. XVIII, p. 462, n° 433.

qu'on peut appeler une interprétation judaïque. Il y a, dans l'espèce, deux successions, une succession testamentaire et une succession *ab intestat:* or, celle-ci se partage précisément comme le veut l'article 753; donc l'article 754 est applicable à la lettre (1).

§ III. *Des femmes mariées.*

153. La femme mariée est frappée d'incapacité; par suite elle ne peut faire aucun acte juridique sans autorisation du mari ou de justice. Par application de ce principe, l'article 905 décide qu'elle ne peut donner entre-vifs sans y être autorisée; mais elle peut, sans autorisation aucune, disposer par testament. Nous avons dit les raisons de cette distinction en traitant de l'incapacité de la femme mariée (2).

L'article 905 donne lieu à des difficultés que nous avons déjà examinées ou que nous examinerons ailleurs. La femme peut-elle faire, sans autorisation, une donation à son conjoint pendant le mariage? Non, puisque cette libéralité est une donation et non un testament. La femme peut-elle disposer de son mobilier à titre gratuit quand elle est séparée de biens? Non; car l'article 905, qui se réfère à l'article 217, comprend même le cas où la femme est séparée de biens; nous reviendrons sur ce point au titre du *Contrat de Mariage* (3).

Il y a des donations qui sont dispensées des formes ordinaires : tels sont les dons manuels et les libéralités faites sous forme d'un contrat à titre onéreux. Est-ce à dire que la femme puisse les faire sans y être autorisée? Non, l'autorisation n'est pas une forme instrumentaire, c'est une condition requise à raison de l'incapacité de la femme, et cette incapacité est générale, elle est établie pour tous les actes juridiques, à moins que la loi n'y

(1) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVIII, p. 471, n° 437.
(2) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 132, n° 99.
(3) Coin-Delisle, p. 95, n° 4 de l'article 905. Duranton, t. VIII, p. 232, n° 208.

fasse exception; or, il n'y a pas d'exception pour les donations déguisées ni pour les dons manuels.

Qu'est-ce que l'autorisation, et dans quelles formes est-elle donnée? Le code renvoie au titre du *Mariage;* c'est là que se trouve le siége de la matière; nous l'avons expliquée. L'article 905 contient une application de ce principe; il exige l'assistance ou le consentement spécial du mari; l'assistance est l'autorisation tacite, le consentement spécial est l'autorisation expresse. Celle-ci doit se donner par écrit. Faut-il un écrit authentique à raison de la solennité de l'acte? Nous avons examiné la question au titre du *Mariage* (1).

Reste à savoir ce que la femme peut donner. La solution de la question dépend des divers régimes sous lesquels la femme peut être mariée. Nous renvoyons cette matière au titre du *Contrat de mariage.*

§ IV. *Des autres incapacités.*

154. Les faillis sont dessaisis de l'administration de leurs biens à compter du jour de l'ouverture de la faillite (Code de com., art. 442); à partir de ce jour, ils ne peuvent plus faire de donation. Ils peuvent tester; le testament ne cause aucun préjudice aux créanciers, puisqu'ils sont payés avant les légataires. Quant aux donations faites avant l'ouverture de la faillite, nous renvoyons au code de commerce (art. 444 et 447).

155. Le décret du 18 février 1809 porte que les religieuses hospitalières ne peuvent, par actes entre-vifs, ni renoncer à leurs biens au profit de leur famille, ni en disposer, soit au profit de la congrégation, soit au profit de qui que ce soit (art. 10). Si elles pouvaient disposer, elles disposeraient régulièrement au profit du couvent; et comme la loi ne reconnaît plus de vœux perpétuels, elles se verraient dépouillées de leurs biens, au cas où elles rentreraient dans le monde. Ce motif ne s'applique pas au

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 155, n° 119.

testament : les hospitalières restent à cet égard sous l'empire du droit commun (art. 9).

156. Il y a des incapacités consacrées par le code civil qui ont été abolies par des lois postérieures. La mort civile n'existe plus, ni en France, ni en Belgique. Il en est de même de l'interdiction légale, d'après notre nouveau code pénal (1).

L'incapacité qui frappait les étrangers, en ce qui concerne la faculté de donner et de recevoir par testament, a été également abrogée en France et en Belgique. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions* (2).

SECTION II. — Des personnes incapables de recevoir.

§ Ier. *De ceux qui n'existent pas.*

N° 1. DES ENFANTS NON CONÇUS.

157. L'article 906 porte : « Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. » Il suffit d'être conçu, dit la loi, parce que l'enfant conçu est censé né, quand il s'agit de ses intérêts. Le principe formulé implicitement par l'article 906 est donc qu'il faut exister pour être capable de recevoir. Il est si évident que le néant ne peut pas recevoir une libéralité, qu'il ne vaudrait pas la peine de le dire dans une loi, si ce n'étaient les conséquences qui en résultent ; nous dirons plus loin que ce qui est si évident pour les légistes est presque une hérésie pour les gens d'Eglise. Pour les enfants non conçus, il n'y a jamais eu de doute. Il y a cependant des exceptions : les donations de biens à venir faites par contrat de mariage aux époux sont présumées faites au profit des enfants et descendants à naître du mariage (art. 1082) : les substitutions fidéicommissaires permises par le code sont

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 509, nos 403 et 404.
(2) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, nos 552 et suiv., p. 654.

faites au profit des enfants nés et à naître des institués (art. 1082 et suiv.). Remarquons que, dans ces deux cas, la libéralité n'est pas faite directement au profit des enfants à naître : juridiquement on ne comprend pas que le néant soit gratifié. L'institution contractuelle et la substitution fidéicommissaire sont faites avant tout au profit des époux ou des institués, donc au profit de personnes existantes(1).

158. Aux termes de l'article 906, il faut être conçu au moment de la *donation* pour être capable de recevoir. Que faut-il entendre par là ? Est-ce le moment où l'acte de donation est passé par le notaire? ou est-ce le moment de l'acceptation? La question est très-controversée. Il nous semble que le texte du code la décide. Le moment de la *donation* est celui où la donation se fait. Autre est le moment de l'acceptation. Puisque les deux époques diffèrent, il faut s'en tenir à celle que le code exige. D'autant plus que le texte est en harmonie avec les principes. Qu'est-ce qu'une donation faite à un enfant non conçu? C'est une offre. Or, conçoit-on que l'on fasse une offre au néant? On objecte que le legs est valable, bien que le légataire ne soit pas conçu lors du testament, il suffit qu'il le soit à l'époque du décès du testateur. Si l'on peut *léguer* à un enfant non conçu, dit-on, pourquoi ne pourrait-on pas *donner* à un enfant non conçu? Nous répondons que la différence est grande. Le testament n'est qu'un simple projet, ce n'est pas une offre; le projet du testateur ne se rapporte pas au moment où il teste; il se rapporte à l'époque de sa mort. Cela décide la question. Vainement dit-on que l'offre du donateur se perpétue jusqu'au moment de l'acceptation, puisqu'elle subsiste tant qu'elle n'est pas révoquée; pour que l'offre puisse se perpétuer, il faut qu'elle existe; or, nous nions précisément qu'elle existe, parce qu'on ne peut pas déclarer que l'on se dessaisit actuellement au profit du néant (2).

(1) Coin-Delisle, p. 96, n° 1 de l'article 906.

(2) Coin Delisle, p. 96, n° 2 de l'article 906; Aubry et Rau, t. V, p. 429, note 1 du § 649; Demolombe t. XVIII, p. 604, n° 579. L'opinion contraire est plus généralement suivie; voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 487.

159. Quand il s'agit d'un legs, il suffit, dit l'article 906, d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Que faut-il décider si le legs est conditionnel? La question est douteuse. Si la loi exige la conception lors du décès du testateur, c'est parce que le droit du légataire s'ouvre à cette époque; or, quand le legs est conditionnel, il ne s'ouvre que lorsque la condition s'accomplit; n'en faut-il pas conclure qu'il suffit d'être conçu à ce moment? Toutefois l'opinion contraire est généralement suivie, et il faut l'admettre par une raison historique. L'article 906 n'a fait que généraliser la disposition de l'ordonnance de 1735, qui défend d'instituer l'enfant non conçu (art. 49). D'Aguesseau explique le motif pour lequel l'ordonnance s'est écartée de la doctrine que la jurisprudence avait consacrée. La première des capacités, dit-il, et le fondement de toutes les autres, c'est l'existence. On objectait que dans les legs conditionnels la condition accomplie a un effet rétroactif, d'où suit que l'héritier institué est censé capable dès le temps de la mort du testateur. D'Aguesseau répond que la fiction est impuissante dans l'espèce : peut-on feindre qu'un enfant non conçu soit conçu? L'ordonnance ne s'appliquait qu'à l'institution d'héritier, et ainsi limitée, la disposition s'explique : il faut que lors du décès du testateur, l'hérédité repose sur quelqu'un, elle ne peut pas appartenir au néant. Mais ce motif ne s'applique pas aux legs particuliers; l'héritier *ab intestat* ou testamentaire en est saisi; dès lors on aurait pu maintenir le principe que la capacité ne doit exister que lorsque le droit s'ouvre. Le code permet-il de distinguer entre l'institution d'héritier et les legs particuliers? Non, puisqu'il ne fait que reproduire l'article 49 de l'ordonnance en le généralisant (1).

160. L'article 906 ajoute : « Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. » Il va sans dire que l'enfant doit naître vivant. L'article 906 ne fait qu'appliquer aux dispositions testamentaires ce que l'article 725 dit de la succession

(1) D'Aguesseau, lettre du 23 novembre 1737 au Parlement de Provence (Œuvres, t. IX, p. 457). Troplong, t. II, n° 607 (t. I de l'édition belge, p. 209). Aubry et Rau, t. V, p. 430, note 2 du § 649.

ab intestat. Il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit au titre des *Successions* (1).

N° 2. DES ASSOCIATIONS QUI NE JOUISSENT PAS DE LA PERSONNIFICATION CIVILE.

I. *Le droit.*

161. Il y a des établissements et des corporations auxquels la loi donne le droit de recevoir à titre gratuit, sous les conditions qu'elle détermine (art. 910). La doctrine leur donne le nom de personnes civiles pour marquer qu'elles jouissent, dans de certaines limites, des droits que les hommes ont dans la société civile. Quant aux communautés qui ne sont pas reconnues par la loi à titre de personnes, elles sont par cela même incapables d'exercer aucun droit. Elles n'ont d'existence fictive qu'en vertu de la loi; donc quand la loi ne leur a pas donné cette existence, on doit les assimiler aux enfants non conçus, c'est un non-être; et peut-il être question d'un droit exercé par le néant? Pothier exprime la même idée en disant que « les communautés, corps, confréries, etc., qui ne sont point autorisés dans le royaume, n'ont aucun état civil, aucune existence civile, et par conséquent sont incapables d'aucune disposition testamentaire (2), » c'est-à-dire qu'ils ne peuvent recevoir à titre gratuit.

162. Il importe donc beaucoup de savoir quels sont les êtres fictifs que la loi investit de certains droits, et notamment de celui de recevoir à titre gratuit. Nous l'avons dit ailleurs, en renvoyant au titre des *Donations et Testaments* la question de savoir si les associations religieuses formées en vertu de la liberté d'association ont capacité de recevoir (3). A vrai dire, la question n'en est pas une pour ceux qui connaissent les principes les plus élémentaires du droit; mais comme elle est si souvent agitée devant les tribunaux, il faut bien que nous la trai-

(1) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, n°s 535-548, p. 641 et suiv.
(2) Pothier, *Traité des donations testamentaires*, chap. III, sect. II, art. 1.
(3) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 369, n°s 288-298.

tions. Nous commencerons par exposer sommairement la législation française qui a été longtemps la nôtre, et que l'on invoqué encore dans ce débat, en l'interprétant à faux, comme on le fait de notre constitution.

Un décret du 2 novembre 1789 déclara que tous les biens ecclésiastiques étaient à la disposition de la nation, à charge par elle de pourvoir aux frais du culte et à l'entretien de ses ministres. C'était enlever aux corporations religieuses ce qu'on appelle la personnification; l'Eglise et ses établissements cessaient d'être des personnes civiles; les ministres du culte figuraient désormais au budget comme fonctionnaires, au même titre que tous ceux qui remplissent une fonction sociale. Le décret prononçait d'avance la mort des ordres religieux, car les moines ne sont pas ministres du culte; ils n'avaient donc pas droit de figurer au budget comme tels; dépouillés de leurs biens et sans fonction sociale, ils n'avaient plus de raison d'être. Un décret du 13 février 1790 disposa que la constitution ne reconnaissait plus de vœux monastiques solennels, qu'en conséquence les congrégations dans lesquelles on faisait de pareils vœux étaient supprimées en France, sans qu'il pût en être établi de nouvelles à l'avenir. Il était permis aux religieux et aux religieuses de quitter leurs couvents; quant à ceux qui ne voudraient pas abandonner le cloître, ils étaient tenus de se retirer dans les maisons qui leur seraient indiquées. Voilà le décret de mort; il n'a jamais été rapporté. Bientôt il fut dépassé.

Le décret de février, tout en rompant le lien qui, dans l'ancien régime, existait entre la loi et les ordres monastiques, semblait respecter l'existence religieuse des moines. Mais les monastères étaient trop antipathiques à la révolution pour qu'ils pussent conserver une existence quelconque. L'assemblée législative, plus révolutionnaire que la constituante, supprima complétement les corporations religieuses d'hommes et de femmes, « de quelque nature qu'elles fussent, même celles qui, vouées à l'enseignement public ou au service des hôpitaux, avaient bien mérité de la patrie, attendu qu'un Etat vraiment libre

ne doit souffrir dans son sein aucune corporation. » Ce n'était pas là un de ces décrets dictés par la passion du moment; les esprits les plus religieux étaient d'accord avec les hommes de la Révolution pour proscrire les ordres monastiques. Le concordat ne les rétablit point; Portalis, chrétien et catholique, déclara que les évêques et les prêtres étaient établis de Dieu pour instruire les peuples et pour prêcher la religion; quant aux ordres religieux, ils ne sont pas de la hiérarchie, dit-il, ce sont des institutions étrangères au gouvernement fondamental de l'Eglise. Les moines étaient plus qu'inutiles, on les considérait comme dangereux pour l'Etat, parce qu'ils étaient « la milice du pape, toujours disposée à propager les doctrines ultramontaines (1). »

163. Il y avait une incompatibilité radicale entre le régime de la liberté inauguré en 1789 et des institutions qui anéantissent jusqu'à l'individualité humaine, puisque leur idéal est de réduire les hommes à l'état de cadavres. C'est la raison pour laquelle le consulat et l'empire furent tout aussi hostiles aux moines que la législative et la constituante. De là le décret du 3 messidor an XII. Les défenseurs des ordres religieux ont interprété ce décret de mille manières; tantôt ils ont soutenu qu'il était abrogé, tantôt ils lui ont fait dire tout le contraire de ce qu'il dit. L'article 1er porte : « A compter du jour de la publication du présent décret, l'*association* connue sous les noms de *Pères de la foi*, d'*Adorateurs de Jésus* ou *Paccanaristes* sera et demeurera dissoute. Seront pareillement dissoutes toutes autres *associations* formées sous prétexte de religion et non autorisées. » Quelles étaient ces *associations?* que voulaient-elles? et pourquoi les supprima-t-on? Portalis nous l'apprend dans une circulaire qu'il adressa aux préfets, comme ministre des cultes, le 5 pluviôse an XI. On y lit qu'au mépris des lois qui avaient dissous toutes les corporations séculières et régulières, il se formait des *associations* composées, au moins en partie, de membres d'anciens ordres monastiques. Que voulaient-elles?

(1) Portalis, Discours et rapports, t. I, p. 40, 225-227.

C'étaient des jésuites, paraît-il, et ils s'occupaient d'instruction, d'après les règles de leur ordre. Portalis dit que ces associations étaient illicites, et qu'elles poursuivaient un but illicite. Elles étaient illicites par cela seul qu'elles n'étaient pas autorisées. Portalis aurait dû ajouter qu'elles ne pouvaient pas même l'être, les ordres monastiques étant supprimés, et aucune loi ne donnant au gouvernement le droit de les rétablir, pas même à titre d'associations libres. Celles qui se formaient étaient donc essentiellement illicites, car elles étaient contraires à la loi de 1792. Les congrégations qui cherchaient à se reconstituer étaient des ordres enseignants; c'était une raison de plus pour ne pas les tolérer, car « l'éducation publique, dit Portalis, appartient à l'Etat (1). »

Le décret ordonna aux ecclésiastiques qui composaient ces associations de se retirer, dans le plus bref délai, dans leurs diocèses, pour y vivre conformément aux lois et sous la juridiction de l'ordinaire. Quelle devait être la règle pour l'avenir? L'article 3 maintient les lois qui s'opposent à l'admission de tout ordre religieux dans lequel on se lie par des vœux perpétuels; puis l'article 4 ajoute: « Aucune *association* d'hommes ou de femmes ne pourra se former à l'avenir *sous prétexte de religion*, à moins qu'elle n'ait été formellement autorisée par un décret impérial, sur le vu des statuts et règlements selon lesquels on se proposerait de vivre dans cette *association*. » Cette autorisation avait-elle pour objet de conférer ce que l'on appelle la personnification civile? Il n'est pas dit un mot, dans le décret, de la faculté de recevoir à titre gratuit, ni de droits quelconques qui seraient reconnus aux associations autorisées; on contestait aux religieux jusqu'au droit de vivre en commun; Portalis, dans sa circulaire, les qualifie de « *rassemblements* d'ecclésiastiques ou de personnes de tout sexe réunies entre elles pour quelque objet religieux. » Le décret disperse ces *rassemblements* et défend d'en former à l'avenir, sinon avec l'autorisation de l'empereur, laquelle ne leur sera accordée qu'après que

(1) Circulaires de l'Intérieur, t. I, p. 252. Elle se trouve dans la *Pasicrisie*, 1849, I, 12.

l'on aura examiné les règles sous lesquelles les associés se proposent de vivre.

Il n'y a aucun doute sur le sens et la portée du décret de messidor. Les lois de la révolution faisaient plus qu'abolir les ordres monastiques considérés comme personnes civiles; elles détruisaient l'institution même comme inutile et dangereuse. C'est le contre-pied de nos constitutions modernes qui reconnaissent aux citoyens le droit de s'associer, tandis que d'après les lois françaises, telles que le décret de messidor les interprète et les maintient, il était défendu de s'*associer*, même *sous prétexte de religion*, comme dit Portalis. Le décret déroge aux lois en permettant de s'associer pour des motifs religieux; l'empereur n'avait pas ce droit, mais on sait que sous l'empire on n'y regardait pas de si près; l'empereur se réservait donc d'autoriser la formation d'*associations* religieuses; si elles entreprenaient de se former sans autorisation, elles étaient illicites, et il était ordonné aux officiers du ministère public de poursuivre les contrevenants. Ainsi le fait seul de former une société religieuse sans autorisation constituait un délit. Preuve évidente qu'il n'est pas question dans le décret de personnes civiles; car les religieux ne pouvaient songer à former une personne civile malgré le gouvernement; cela n'a point de sens.

Enfin le décret maintenait les sœurs de charité : elles continueront d'exister, dit l'article 5, conformément aux arrêtés qui les avaient rétablies, non pas à titre de personnes civiles, mais comme hospitalières, destinées au service des hôpitaux. Nous reviendrons sur ce point.

Conçoit-on, en présence de ces dispositions et de la circulaire de Portalis qui en est le commentaire officiel, que l'on ait osé soutenir jusque devant la cour de cassation que l'autorisation accordée aux associations religieuses en vertu du décret de messidor leur conférait le privilége de la personnification civile? La cour de cassation de Belgique a repoussé cette étrange prétention par un arrêt très-bien motivé (1). A notre avis, la question ne

(1) Rejet, 11 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 7). Comparez Bruxelles, 14 août 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 157).

présente pas le moindre doute. En France, on a prétendu, au contraire, que le décret de l'an XII était abrogé. Nous n'avons pas à entrer dans ce débat : la jurisprudence et la doctrine françaises s'accordent à considérer comme illicite toute congrégation religieuse non autorisée (1). D'après la constitution belge, il n'en est plus ainsi.

164. Aux termes de l'article 20 de notre constitution, « les Belges ont le droit de s'associer; ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive. » La constitution proclame le droit d'association dans les termes les plus absolus; elle s'applique donc à toute espèce d'associations, quel que soit leur but, religieux ou civil, peu importe. Il est inutile d'insister sur ce point, puisque cela est de toute évidence. De là suit que les associations religieuses ne sont plus illicites quand elles se forment sans autorisation; elles n'ont plus besoin d'être autorisées. La loi même ne pourrait les soumettre à des mesures préventives; la faculté de s'associer n'est plus concédée par le gouvernement, c'est un droit consacré par la constitution. Donc le décret de messidor est abrogé en Belgique. Les associations religieuses étant autorisées par la constitution, en faut-il conclure qu'elles ont par cela même une existence légale et qu'elles doivent être considérées comme des personnes civiles, capables de posséder et par conséquent de recevoir à titre gratuit? On l'a prétendu, et malgré une jurisprudence constante qui condamne ces prétentions, elles se reproduisent tous les jours devant les tribunaux. Il nous faut donc prouver, ce qui pour tout jurisconsulte devrait être hors de toute contestation, que les associations libres ne sont pas des personnes civiles. En théorie, la question ne peut pas même être posée. Autre chose est la liberté de s'associer, autre chose est la personnification civile. Il faut une loi pour créer un de ces êtres fictifs qui par eux-mêmes n'existent point, et qui ne reçoivent l'existence que par la toute-puissance du législateur. Or, la loi peut très-bien reconnaître aux ci-

(1) Arrêt de rejet du 6 février 1849, sur le rapport du conseiller Mesnard (Dalloz, 1849, 1, 44). Lapierre, *De la capacité civile des congrégations religieuses non autorisées* (Grenoble, 1859), p. 30 et suiv.

toyens le droit de s'associer, sans leur donner le pouvoir de créer une personne civile : jamais un législateur n'a songé à permettre à des premiers venus de se constituer en établissement d'utilité publique, sans connaissance de cause, sans intervention aucune de l'autorité sociale. Une idée pareille serait une absurdité. En effet, ce que l'on appelle personnes civiles sont des établissements chargés d'un service public, ayant une destination spéciale et strictement limitée. Conçoit-on que des individus s'attribuent eux-mêmes une mission publique, accordent des droits à la société qu'ils forment et définissent le cercle de leurs attributions légales? Cela n'a pas de sens. Reste à savoir si les auteurs de la constitution belge ont consacré un pareil non-sens.

Il faut l'avouer : telle était la pensée du parti catholique, au moins d'une fraction puissante de ce parti. L'archevêque de Malines s'adressa au Congrès pour lui demander qu'il assurât aux associations religieuses les moyens d'acquérir ce qui était nécessaire à leur subsistance. C'était bien réclamer la personnification civile pour tous les couvents qui s'établiraient en vertu de la liberté d'association (1). Un des chefs du parti s'expliqua en ce sens. « Comme associations libres, soumises au droit commun, dit M. de Sécus, les ordres religieux n'auraient pas la stabilité nécessaire pour faire le bien. Il ne faut pas s'effrayer du rétablissement des couvents, car il ne s'agit pas seulement d'associations religieuses, mais de toute espèce d'associations. » Ainsi toute association, la première venue, aurait joui de la personnification civile. Le Congrès national, bien que les catholiques y eussent la majorité, recula devant cette énormité.

Le projet de constitution soumis aux délibérations du Congrès contenait, après la disposition qui forme actuellement l'article 20, les paragraphes suivants : « Les associations ne peuvent être considérées comme personnes civiles, ni en exercer collectivement les droits que lorsqu'elles auront été reconnues par une loi et en se confor-

(1) Huyttens, *Discussions du Congrès*, t. I, p. 585.

mant aux dispositions que cette loi prescrit. Les associations constituées personnes civiles ne peuvent faire aucune acquisition à titre gratuit ou onéreux qu'avec l'assentiment spécial du pouvoir législatif. » Voilà la distinction nettement tracée entre l'association qui se forme en vertu du droit commun et la personne civile qui ne peut exister qu'en vertu d'une loi. On n'entendait pas que la loi pût donner la personnification aux associations en général, on voulait une loi spéciale pour accorder la qualité de personne civile aux associations qui réclameraient ce privilége, et naturellement le pouvoir législatif pouvait le refuser. Le projet allait plus loin : même personnifiées, les associations étaient incapables d'acquérir, à aucun titre, sinon en vertu d'une loi spéciale pour chaque acquisition. Ces restrictions furent combattues par les organes du parti catholique. Par contre, les libéraux ne voulaient d'aucune personnification, pas même en vertu d'une loi. On finit par retrancher les dispositions du projet relatives à la personnification civile (1).

Il résulte de la discussion et du vote que le Congrès se borna à consacrer la liberté d'association, mais qu'il n'a pas entendu conférer le caractère de personnes juridiques aux associations qui se formeraient en vertu de cette liberté. La jurisprudence de nos cours est en ce sens (2), et, en vérité, nous sommes tenté de nous excuser pour avoir insisté aussi longuement sur une question qui est claire comme la lumière du jour. Il est donc certain, en Belgique comme en France, qu'il n'y a pas de personnification civile sans loi qui la crée. D'après notre droit constitutionnel, les associations religieuses jouissent d'une liberté complète, mais elles n'existent pas comme personnes aux yeux de la loi. La conséquence est évidente : elles ne peuvent recevoir à titre gratuit ni à titre onéreux, car le néant est incapable d'exercer aucun droit. Le même

(1) Huyttens, *Discussions du Congrès*, t. II, p. 472 et suiv.

(2) Bruxelles, 8 août 1853 et Rejet, 30 juin 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 336). Bruxelles, 13 mai 1861, sur le réquisitoire de l'avocat général Corbisier (*Pasicrisie*, 1861, 2, 191), et Rejet du 17 mai 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 1, 288). Comparez le tome Ier de mes *Principes*, p. 384, n° 298.

principe est consacré par la jurisprudence française : pour qu'une congrégation ou association religieuse soit capable, il faut qu'elle ait été reconnue par la loi. Le gouvernement de la restauration favorisait les corporations religieuses; on porta deux lois en faveur des congrégations de femmes, mais ces lois mêmes rendaient hommage au principe éternel qui veut que, pour recevoir à titre gratuit, les établissements ecclésiastiques soient reconnus par la loi. « Il y a ici, disait le chancelier Pasquier devant la chambre des pairs, plus qu'une loi; c'est un principe indépendant des lois positives, que celui qui ne permet pas qu'aucune société se forme dans un Etat sans l'approbation des grands pouvoirs de l'Etat, et de l'existence légale des corporations dépend leur capacité civile de succéder (1). »

Tel est le droit; nous allons voir que la fraude essaye de se mettre au-dessus du droit, et presque toujours elle réussit.

II. *La fraude.*

165. Les lois de la révolution abolissent les ordres religieux considérés comme corporations capables de posséder; elles ne reconnaissent plus les vœux perpétuels. C'est dire qu'aux yeux de la loi, il n'y a plus d'ordres monastiques. Cependant les congrégations religieuses se sont perpétuées en France et en Belgique malgré les lois qui les ont abolies. En Belgique, elles ont même une existence constitutionnelle, en ce sens qu'elles peuvent exister comme associations libres. Mais, pour pouvoir exister de fait, les associations religieuses doivent avoir des moyens de subsistance pour leurs membres; il faut donc qu'elles possèdent. Il y a là une contradiction entre le droit et le fait, qui aboutit fatalement à la violation de la loi. Légalement, les congrégations religieuses sont incapables de posséder, puisqu'elles n'existent pas aux yeux

(1) Rejet, 3 juin 1861, sur le réquisitoire du procureur général Dupin (Dalloz, 1861, 1, 218).

de la loi ; donc si elles voulaient rester sur le terrain de la légalité, les membres devraient être propriétaires et mettre leurs biens en commun, comme le font les associés dans une société ordinaire. C'est ce qui se fait ; mais ces prétendues sociétés, comme nous le dirons plus loin, n'ont que l'apparence du contrat de société, et il est même impossible que les religieux forment une société véritable : le premier vœu qu'ils font n'est-il pas le vœu de pauvreté? Ils n'ont rien en propre, pas même l'habit qui les couvre ; tout ce qui leur appartient devient la propriété de la communauté. Cela suppose que la communauté existe, c'est-à-dire qu'elle est une personne morale ; or, nos lois ne lui reconnaissent pas cette qualité. Donc, d'après la loi, la communauté est incapable de posséder, et d'après leurs vœux, les religieux ne peuvent rien posséder. Comment donc les communautés existeront-elles? Ce que la loi permet : la propriété privée, la religion le défend. Ce que la religion permet : la propriété possédée par la communauté, la loi l'interdit. Dans ce conflit de la foi et de la loi, qui l'emportera? La foi, évidemment. Notre régime légal est inconséquent : il prohibe la corporation à titre de propriétaire ; logiquement il devrait aussi prohiber l'association libre, comme l'a fait le législateur révolutionnaire ; car il est contradictoire de permettre aux religieux de vivre en commun sans leur donner les moyens de subsister ; or, pour des religieux faisant vœu de pauvreté, il n'y a pas d'autre moyen de subsister que la possession par la communauté ; c'est dire qu'il ne peut y avoir d'association religieuse qu'à titre de corporation capable de posséder. Ne veut-on plus de corporation, — et l'on a raison de ne plus en vouloir, — il faut être conséquent : la loi qui interdit la corporation doit aussi interdire l'association. Notre constitution permet aux moines de faire des vœux religieux qui les obligent dans le for de la conscience ; le premier de ces vœux et le plus essentiel est celui de pauvreté ; incapables de posséder quoi que ce soit en propre, ils doivent, pour vivre, éluder la loi qui défend à la congrégation de posséder. De là l'inévitable fraude.

166. Le mot est dur, mais il n'y en a pas d'autre. La

fraude est aussi ancienne que les lois qui établissent des incapacités de recevoir : le disposant charge un fidéicommissaire de transmettre à l'incapable les biens qu'il ne peut lui donner directement. Comment les lois qualifient-elles le fait d'éluder la loi en gratifiant une personne incapable de recevoir? La cour de Colmar, en annulant une libéralité faite à l'ordre des jésuites par une personne interposée, dit que cette transmission frauduleuse de l'hérédité est flétrie par les lois romaines comme un délit (1). La cour de Bruxelles l'appelle un quasi-délit (2), sans doute pour sauver l'honneur de ceux qui violent sciemment les lois. Et en un certain sens, en effet, on peut dire que les religieux qui éludent la loi le font de bonne foi ; nous allons dire qu'ils ont pour eux l'autorité de l'Eglise. Toujours est-il que s'ils obéissent à leur conscience, c'est une conscience aveuglée, viciée. Nous recommandons aux méditations de nos lecteurs ces graves paroles de Mirabeau : « L'obligation d'éclairer sa conscience est antérieure à celle de suivre sa conscience. S'il est contraire à la morale d'agir contre sa conscience, il ne l'est pas moins de se faire une conscience d'après des principes faux et arbitraires. Les plus grands malheurs publics ont été causés par des hommes qui ont cru obéir à Dieu et sauver leurs âmes (3). »

Qu'on appelle la fraude à la loi délit ou quasi-délit, toujours est-il que la loi est violée quand on l'élude et qu'on se sert de moyens légaux en apparence pour se mettre au-dessus de la loi. La loi ne reconnaît pas les congrégations religieuses à titre de personnes civiles; elle leur défend par cela même de posséder; cependant de fait elles possèdent. Donc la loi est violée. Vainement dit-on que les religieux observent la loi, puisqu'ils se constituent en sociétés, et qu'ils ne prétendent exercer que les droits qui appartiennent à tout associé. Nous répondrons avec Dupin : « C'est l'exercice d'un droit qui tend à faire tout ce qui

(1) Colmar, 14 avril 1829 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 325, 1°). L. 46, D., *de hæred. petit.* (V, 3).
(2) Bruxelles, 13 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 36).
(3) *Moniteur* du 17 janvier 1791.

n'est pas permis; c'est faire d'une manière sournoise ce qu'on ne pourrait pas faire d'une manière ouverte et patente : cela s'est toujours appelé violer la loi en faisant fraude à la loi (1). » Dupin a reproduit cette grave accusation en portant la parole comme procureur général devant la cour de cassation : « Il n'est pas plus permis d'éluder la loi que de la violer ouvertement (2). » Nous allons bientôt entrer dans le détail des fraudes que l'on a imaginées pour transmettre le patrimoine des familles à des congrégations incapables de recueillir une libéralité. En voyant combien la fraude est ingénieuse, on se demande si ceux qui rusent ainsi avec la loi peuvent être de bonne foi. Toutefois nous n'entendons pas les accuser. Les vrais coupables sont ceux qui faussent la conscience des religieux; c'est dire que la première faute remonte à l'Eglise et à sa doctrine.

167. Comment se fait-il que des hommes qui professent et prêchent le respect de l'autorité violent chaque jour la plus grande de toutes les autorités, celle de la loi? C'est qu'on leur enseigne qu'il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes; or, Dieu a un organe en ce monde, l'Eglise, et l'Eglise a un chef infaillible. Donc la loi de l'Eglise l'emporte sur la loi civile. Vainement la loi dit-elle que l'Eglise ne peut posséder que si elle est reconnue par l'État comme personne civile; vainement la loi dit-elle que les ordres monastiques sont incapables de recevoir, tant que la loi ne leur donne pas ce droit; vainement la loi dit-elle que les congrégations religieuses n'ont d'existence légale qu'en vertu de la loi : l'Eglise dit et enseigne le contraire. La doctrine que nous allons exposer paraîtra étrange à nos lecteurs; on n'ose pas encore la produire devant les tribunaux, mais le chef infaillible de l'Eglise la professe, ses docteurs l'enseignent, et tous ceux qui lui appartiennent la pratiquent; c'est elle qui inspire les religieux et qui fait qu'ils fraudent journellement la loi en toute sûreté de conscience.

L'Eglise tient son existence de Dieu et non des lois

(1) Dupin, *Manuel du droit ecclésiastique*, p. 361.
(2) Dupin, Réquisitoire (Dalloz, 1859, 2, 96).

humaines; elle forme une société parfaite en vertu de son institution, et elle puise dans cette origine divine les droits civils et politiques qui lui sont nécessaires pour accomplir sa mission. Elle n'a donc rien à demander à la loi, et la loi n'a rien à lui accorder; vainement lui refuserait-elle le droit d'exister légalement, l'Eglise existe parce que Dieu l'a fondée. Ecoutons le pape Pie IX: « L'Eglise a été instituée par son divin fondateur en *vraie et parfaite société*, qui n'est circonscrite par les frontières d'aucun Etat, soumise à aucun pouvoir civil, et qui exerce son *pouvoir* et ses *droits* librement et pour le salut des hommes dans tous les lieux de la terre. En vérité, ces paroles, adressées par le Christ Notre Seigneur aux apôtres, n'ont pas d'autre signification : *Tout pouvoir m'a été donné au ciel et sur la terre* (1). »

Cette proposition suffit pour mettre à néant toutes les lois qui déclarent l'Eglise ou ses établissements incapables de recevoir, à moins que la loi n'ait reconnu leur existence. C'est ce qu'un docteur français va nous dire; nous choisissons à dessein, entre mille témoignages, celui d'un gallican, parce que les gallicans sont les plus modérés des catholiques et qu'ils ont toujours professé l'obéissance à l'autorité civile. Qu'est-ce que l'Eglise? dit Mgr Affre. « C'est une société divine fondée par Jésus-Christ, dont les lois, les dogmes, la morale, les rites ont précédé la fondation de tous les Etats modernes. La *loi* peut-elle quelque chose sur ce qui est *divin?* Dieu lui a-t-il donné le pouvoir de réformer son œuvre ou de la façonner selon ses goûts changeants? » La conséquence est évidente. « Si l'être moral, appelé l'Eglise, a le droit d'exister comme société spirituelle, il est évidemment capable de posséder. Le simple énoncé de cette proposition suffit pour le démontrer. » Ainsi l'Eglise est personne civile et capable de posséder en vertu de son droit divin. Pour nous légistes, cette proposition, qui paraît si évidente aux gens d'Eglise, est une hérésie juridique; ce que nous appelons hérésie, eux l'appellent droit divin. Il y a opposition ra-

(1) Allocution du 17 décembre 1860 (*Journal historique et littéraire*, t. XXVII, p. 472).

dicale entre le droit divin de l'Eglise et le droit écrit dans nos lois; pour mieux dire, le droit divin est au-dessus de la loi; cela dit tout. « Tout être physique ou moral, continue Mgr Affre, a droit de chercher à atteindre la fin pour laquelle il existe. La loi qui reconnaîtrait une corporation utile et lui refuserait les moyens nécessaires pour exister, serait absurde. L'Eglise est utile, la loi le reconnaît, et ne peut, quand elle le voudrait, refuser de le reconnaître. » Voilà donc l'Eglise personne civile et capable de posséder, malgré la loi. Reste à savoir ce que c'est que l'Eglise; le mot est vague et le droit aime la précision. Mgr Affre répond : « Sous le rapport légal, l'Eglise ne peut être frustrée du droit d'acquérir. Mais comme ce n'est pas l'Eglise en corps qui possède, il s'ensuit que les *établissements* qui lui sont nécessaires, tels que *séminaires, cures, évêchés* ont une capacité nécessaire que la loi ne peut leur refuser (1). » Les couvents ne figurent pas parmi les établissements de l'Eglise énumérés par l'abbé Affre; c'est un préjugé gallican; sur ce point, il faut entendre les ultramontains. Une Revue, rédigée par des jésuites sous l'inspiration du pape, complétera la pensée de l'écrivain français : « Les *couvents*, dit la *Civiltà cattolica*, sont le *corps de Dieu* (2). » Ne chicanons pas trop les révérends pères de ce qu'ils donnent un corps à Dieu; il nous suffit de savoir que les ordres monastiques s'identifient avec Dieu.

168. On s'étonne que les ordres monastiques violent journellement la loi en recevant des libéralités, quoiqu'ils soient incapables de recevoir; on s'étonne que les religieux et les religieuses viennent mentir devant les tribunaux pour soutenir les fraudes pieuses. Le mot de *fraude pieuse* explique tout. Nous autres légistes nous avons de la peine à croire à une piété que les lois qualifient de délit. Cependant pour ceux qui pratiquent les fraudes pieuses, rien n'est plus vrai, plus sincère, que la piété qui cherche à

(1) Affre, *Traité des biens ecclésiastiques*, p. 9 et suiv. C'est la doctrine de tous les canonistes. Voyez mon *Étude sur l'Eglise et l'Etat en Belgique*, p. 222, 238, 240.
(2) *Civiltà cattolica*, VIe série, t. II, p. 58.

éluder les lois. Qu'est-ce que nos lois pour eux? N'ont-ils pas un droit divin qui l'emporte sur les lois humaines, autant que Dieu l'emporte sur les hommes? Et quand nos lois sont en conflit avec le droit divin, ne faut-il pas obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes? Voilà le secret de cette placidité de conscience qui nous effraye chez des religieux, alors qu'ils vivent au milieu de la fraude. Mentir, fût-ce pour la gloire de Dieu, n'est-ce pas toujours mentir? Notre scrupule prouve que la conscience laïque n'est pas la conscience catholique. S'il y a des fraudes pieuses, pourquoi n'y aurait-il pas des mensonges pieux? Frauder, n'est-ce pas mentir? Que les âmes timorées se tranquillisent! Le pape approuve les pieux mensonges; et le pape n'est-il pas infaillible dans le domaine de la morale?

Aux Etats-Unis, l'Eglise est séparée de l'Etat; elle n'y est pas reconnue comme personne civile capable de posséder. D'après notre législation, il y a certains établissements ecclésiastiques, tels que les fabriques d'église, qui peuvent posséder et recevoir. Aux Etats-Unis, les fabriques sont aussi incapables que, chez nous, les couvents. Comment pourvoir, dans cet état de choses, aux nécessités de l'Eglise? La fraude à la loi permet à l'Eglise d'acquérir, la fraude lui permet de conserver les biens qu'elle a reçus. Cette position n'est pas sans danger. Un décret de la sacrée congrégation de la Propagande, approuvé par le pape, en date du 15 décembre 1840, nous dira comment les choses se passent. « Comme les lois civiles des Etats-Unis ne reconnaissent, ni aux évêques, ni à aucun ecclésiastique, le droit de transmettre à ceux qui succèdent à leur charge les biens qu'ils ont reçus de la libéralité des fidèles pour une destination, soit de religion, soit de bienfaisance, la sacrée congrégation de la Propagande, voulant pourvoir à ce que ces biens restent à l'Eglise, a décidé qu'à cette fin il sera à l'avenir procédé comme suit. » Vient une instruction sur les testaments frauduleux et les sociétés frauduleuses. Par ces voies, l'Eglise peut acquérir des biens à titre gratuit et les conserver. Nous allons dire comment la fraude se pratique en Belgique. Les religieux et les religieuses nient régulièrement qu'il y ait fraude;

appelés devant les tribunaux, ils disent le contraire de la vérité. Aux Etats-Unis, la fraude est la même; fraude pieuse, car elle est autorisée par le pape. En effet, le décret de la sacrée congrégation se termine par ces paroles qui sont comme un baume pour les consciences délicates: « Rapport ayant été fait de toute cette affaire à notre Saint-Père le pape Grégoire XVI, Sa Sainteté a confirmé le décret en toutes ses dispositions et a ordonné de le mettre à exécution. » Voilà de quoi calmer tous les scrupules. Le religieux fait vœu de pauvreté, et néanmoins il reçoit des libéralités dont il est propriétaire aux yeux de la loi. Délit, disent les légistes. Fraude pieuse, disent les docteurs catholiques, ou ce qui revient au même : Le pape approuve (1).

III. *Les associations frauduleuses.*

169. La sacrée congrégation de la Propagande, dans le décret que nous venons de citer, conseille, entre autres moyens de faire fraude à la loi, les associations. « On a imaginé, dit-elle, un moyen de posséder les biens en formant un contrat de société. Trois ou quatre membres possèdent les biens en commun, de manière que tous les associés en jouissent leur vie durant. Aucun d'eux ne peut disposer de son droit, ni entre-vifs, ni par testament. Si l'un meurt, les biens restent tout entiers aux survivants. Là où de pareilles sociétés existent, l'évêque doit veiller à ce que l'associé qui meurt soit remplacé par un autre membre de la communauté. » On voit quel est le but de ces sociétés : c'est un moyen *imaginé* pour que les congrégations religieuses possèdent comme telles et reçoivent dans les pays où la loi civile ne leur reconnaît pas le droit de posséder et de recevoir. C'est donc un moyen de frauder la loi que le pape conseille à l'Eglise américaine, et qui se pratique tous les jours en France et en Belgique, où il a probablement été inventé. Ces associations frauduleuses donnent lieu à bien des difficultés : Quels sont

(1) Bouix, *Tractatus de jure regularium.*

les droits des associés quand ils quittent la société? quelles sont les obligations des associés à l'égard des tiers? Nous renvoyons ces questions au titre de la *Société;* pour le moment, nous considérons les associations frauduleuses comme un des moyens que les ordres religieux emploient pour faire fraude à la loi.

170. Des moines trappistes se présentent devant un notaire, au nombre de quatorze, pour contracter une *société universelle de gains*. Ils déclarent, dans le préambule de l'acte, avoir formé un établissement agricole dans lequel chacun d'eux confère des travaux personnels. Ils se proposent de venir au secours des infirmités physiques et morales auxquelles ils peuvent être utiles, de donner des soins et des secours aux malheureux et de créer une ferme modèle destinée à la mise en valeur de terres incultes. La société est contractée pour quarante ans; quoiqu'elle soit intitulée société universelle de *gains*, il est convenu qu'il ne sera fait de prélèvements par aucun des associés; leur seul profit consiste à être logés, nourris, entretenus aux frais de la communauté; tous les biens et produits appartiendront à ceux des associés qui existeront encore au temps de la dissolution de la société. Chaque associé peut se retirer de la société, mais en perdant tout droit sur l'actif social; la société ne doit se dissoudre ni par la mort, ni par la retraite, ni par l'exclusion d'un de ses membres. Trois d'entre eux y font entrer des immeubles qu'ils possèdent; un quatrième, prêtre, y met ses droits et prétentions, que la société fera valoir à l'exclusion de ses héritiers. Celui-ci vient à mourir. Ses héritiers réclament l'apport qu'il a fait à la société comme constituant une libéralité au profit d'une communauté religieuse non reconnue. La cour de Caen leur donne gain de cause. Elle rappelle les lois qui prohibent les corporations religieuses. Il est permis sans doute de s'associer conformément aux principes généraux du droit civil; mais si, sous la forme d'une société civile, on déguise une congrégation religieuse, on ne peut échapper par cette simulation à la prohibition de la loi, puisque la société manque, dans ce cas, d'une condition essentielle à sa validité, d'un objet

licite. L'arrêt en conclut que les libéralités faites sous l'apparence d'un apport social ne sauraient être valables, parce qu'elles s'adressent à une congrégation qui n'a point d'existence légale, sinon les prohibitions de la loi seraient illusoires, et il en résulterait que les congrégations non autorisées seraient dans une position plus favorable que les congrégations légales, puisque celles-ci ne peuvent recevoir à titre gratuit que dans certaines limites et sous le contrôle de l'administration supérieure. La cour constate ensuite en fait que la prétendue société universelle de gains constitue une congrégation religieuse d'hommes soumis à la règle de saint Benoît, modifiée par l'abbé de Rancé : ils donnent eux-mêmes à leur maison le nom d'Abbaye de Notre-Dame-de-Grâce de la Trappe de la primitive observance de l'ordre de Cîteaux : le supérieur prend le nom de révérend père abbé; chaque membre a un nom en religion, ils portent le costume des trappistes et observent notoirement les règles de cet ordre. Malgré le terme de quarante ans assigné à la société, elle était fondée dans un esprit de perpétuité, car les religieux promettaient dans des lettres imprimées de célébrer tous les jours, *à perpétuité*, la messe conventuelle pour leurs bienfaiteurs et les parents de ceux-ci. La cour décide qu'il est inutile de recourir à la preuve testimoniale pour prouver la simulation et la fraude; que la société cache une libéralité faite, non aux associés, mais à la congrégation, laquelle est incapable de recevoir.

Les trappistes se pourvoient en cassation. Mesnard, le conseiller rapporteur, mit à néant, dans quelques lignes, tout l'échafaudage de sophismes élevé par les avocats qui mettent la science du droit au service de la fraude; nous y reviendrons au titre de la *Société*. La question se réduit à des éléments fort simples. Est-il nécessaire de démontrer que des congrégations non autorisées sont incapables de recevoir des libéralités? Quelque biais que l'on prenne, sous quelque apparence contractuelle qu'on les déguise, ces libéralités doivent être frappées de nullité, quand il est constaté qu'elles sont destinées à gratifier une congrégation illicite. Sinon il suffirait du moindre détour, ou

tout simplement d'une appellation mensongère, pour éluder la loi et rendre ses prohibitions sans effet. En France comme en Belgique, les moines et leurs défenseurs croient trouver un abri contre toute attaque dans la dénomination d'acte de société donnée au contrat constitutif de la congrégation. Le conseiller rapporteur dit qu'il appartient aux tribunaux de briser tout ce qui sert d'enveloppe à la simulation, pour pénétrer jusqu'a la vérité ; or, la vérité, dans ces tristes débats, n'est certes pas du côté de ceux qui s'ingénient à simuler et à frauder. La cour rejeta le pourvoi (1).

171. La Belgique est la terre promise des couvents; il s'en est formé plus sous le régime de la liberté qu'il n'y en avait sous la domination autrichienne et espagnole. Toutes les congrégations vivent de fraudes à la loi, mais il est rare que les actes frauduleux soient dénoncés à la justice ; l'Eglise, maîtresse de l'éducation, plie si bien les âmes à l'obéissance aveugle, qu'il se trouve rarement des héritiers qui osent réclamer contre les spoliations dont ils sont victimes. L'abbaye d'Averbode fait exception, elle a figuré à plusieurs reprises dans des débats judiciaires. Le zèle infatigable que mirent quelques vieux moines à reconstituer leur abbaye méritait vraiment un meilleur succès. L'un d'eux fit ses vœux à une date funeste, en 1791, alors que déjà les congrégations étaient frappées à mort. Vainement les lois le dégagèrent de ses vœux, il resta moine jusqu'à sa mort. En 1802, il acquiert l'abbaye d'Averbode avec toutes ses dépendances; aux yeux de la loi il en est propriétaire, mais la religion se trouve à chaque pas en conflit avec la loi; il est entendu que ce que les religieux acquièrent quand ils sont dispersés, ils l'acquièrent, non pour eux, mais pour la congrégation; le père Bouix le dit en toutes lettres (2), et il n'en saurait être autrement; leur vœu de pauvreté continue à les obliger dans le for de la conscience, donc ils ne peuvent pas devenir propriétaires; s'ils le deviennent, c'est dans l'intérêt de leur congrégation. Déjà le moine avait légué ses

(1) Rejet, 26 février 1849 (Dalloz, 1849, 1, 44).
(2) Bouix, *De jure regularium*, t. I, p. 346.

biens par testament à trois légataires successifs, afin de les soustraire à ses héritiers, quand la révolution de 1830 éclata, révolution faite au nom de la liberté, et qui devait profiter surtout aux moines.

En 1838, treize religieux de l'ordre des Prémontrés forment une société, à laquelle notre moine apporte les anciens biens de l'ordre qu'il avait rachetés, puis il fait un nouveau testament par lequel il institue trois nouveaux légataires dans un ordre successif. Ayant disposé de tous ses biens au profit de la société, que pouvait-il encore donner par legs? C'est un nouveau moyen de fraude, et ce n'est pas un des moins ingénieux. Un héritier mal pensant pouvait attaquer l'acte de société comme cachant une libéralité faite à l'ordre; en instituant un légataire, homme de confiance, on mettait les héritiers dans l'impossibilité d'agir, puisqu'ils étaient sans intérêt, la nullité de la donation, en la supposant prononcée, ne devant profiter qu'au légataire. Heureusement le droit ne se laisse pas plier ainsi pour servir d'instrument à la fraude; la société fut attaquée ainsi que le testament, et tous ces actes furent annulés comme frauduleux. La fraude était patente; niée en justice, elle était avouée dans la correspondance des religieux, et elle éclatait dans toutes les clauses du prétendu contrat de société. Nous reviendrons sur ce dernier point. Quant à l'objet que les associés avaient en vue, il suffisait de constater les faits pour le mettre en évidence. Les lettres produites au procès, celles que l'on parvint à découvrir dans un autre débat, ne laissaient aucun doute sur le but que poursuivaient les anciens religieux : ils mettaient tout en œuvre pour arracher les biens de leur abbaye à ceux qui les détenaient actuellement. C'étaient des biens ecclésiastiques, et comment un fidèle pouvait-il posséder en sûreté de conscience le patrimoine de l'Eglise? Il n'y avait qu'un moyen de mourir en paix, c'était de les restituer à l'ordre qui en avait été dépouillé par des lois sacriléges (1). Ces

(1) Bruxelles, 13 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 191) et Rejet, 17 mai 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 1, 274). Bruxelles, 13 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 27) et du 3 février 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 132).

pressantes sollicitations ne manquent guère de produire leur effet sur des consciences aveuglées. Voilà pourquoi il est rare que la vérité se fasse jour, bien que les congrégations religieuses couvrent le sol de la Belgique.

Les questions de droit décidées par les cours de Belgique sont les mêmes que celles qui s'étaient présentées devant la cour de cassation de France dans l'affaire des trappistes; elles sont très-simples, comme le dit le conseiller Mesnard. Nos cours mettent néanmoins un soin extrême à répondre à toutes les chicanes que l'on invente pour valider des actes qui font fraude à la loi, en se servant des dispositions mêmes de la loi pour la violer plus sûrement. On peut résumer en quelques mots la longue argumentation de la cour de Bruxelles. Elle part du principe que les associations libres ne forment pas des personnes; elles sont donc régies par le droit commun. Les congrégations sont-elles au moins des sociétés civiles? En apparence, oui; mais il est facile à la cour de prouver que les clauses de ces sociétés sont un tissu de simulations et de fraudes; le but est de reconstituer une congrégation religieuse, en lui assurant la faculté de posséder comme société. « Toutes les stipulations de l'acte, dit l'arrêt, tendent à absorber les droits des *associés* et ceux de leurs héritiers au profit de la *société,* à empêcher le démembrement de son patrimoine, à soustraire ses biens au mouvement des transactions; le contrat arrive ainsi à créer, sans le concours du législateur et contrairement à ses prescriptions, un être moral distinct des individus qui le composent, se renouvelant sans cesse par la succession non interrompue de ses membres, ayant une existence propre, des droits particuliers, acquérant, possédant des biens immobilisés en ses mains, réunissant, en un mot, tous les caractères d'un établissement de mainmorte. » La conséquence en est que les prétendus associés n'ont eu d'autre objet que d'obtenir, par une voie détournée, les bénéfices de la personnification civile; s'ils ont emprunté les formes du contrat de société, c'est pour dissimuler leurs intentions et pour éluder la prohibition de la loi. Donc la convention est entachée d'une nullité radicale,

comme contrevenant à la loi d'ordre public qui subordonne l'existence d'une personne civile à l'autorisation du législateur.

L'annulation de l'acte de société entraînait la nullité des apports sociaux. Nouvelle fraude à la loi; la société, comme telle, ne pouvait recevoir, puisqu'elle n'était pas personne civile; quant aux associés, capables de droit comme citoyens, ils étaient incapables dans le for de la religion; ce n'est donc pas à eux que s'adressait la libéralité; donc la libéralité était nulle à tous égards; c'était en réalité une donation faite à un incapable par personne interposée. Le génie de la fraude inventa de nouveaux moyens d'échapper à l'article 911 du code civil qui a précisément pour objet de réprimer la fraude; nous allons les dévoiler en parlant des libéralités frauduleuses.

IV. *Des donations frauduleuses.*

172. Il y a une fraude vulgaire, l'article 911 la prévoit. « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. » Les moines ne manquent pas de recourir à cette double fraude. Il ne suffit pas de reconstituer les ordres religieux, il faut aussi leur assurer des biens. La foi, quelque aveugle qu'on la suppose, ne l'emporte pas toujours sur l'intérêt; les acquéreurs de biens ecclésiastiques les gardent. Mais les religieux ont à leur service un moyen de séduction infaillible quand ils ont affaire à des croyants et que la mort approche : les libéralités faites à l'Eglise lavent tous les péchés. Nous citons un trait entre mille, parce qu'il réunit divers genres de fraude. Un vieillard de plus de quatre-vingts ans vend tous ses biens au supérieur de la congrégation des trappistes pour un prix de 85,000 francs que le vendeur déclare avoir reçus. Il y avait double fraude, donation déguisée sous forme d'un contrat onéreux et donation faite à une corporation incapable de recevoir, sous le nom du supérieur. Celui-ci préférait la vente au testament, comptant qu'il serait plus

difficile de dévoiler la fraude. Mais il en est de ceux qui fraudent la loi comme de ceux qui commettent un délit : ils se trahissent toujours d'une façon ou de l'autre. Achète-t-on des biens pour 85,000 francs, et paye-t-on de suite, sans avoir fait transcrire l'acte de vente? sans avoir vérifié la position hypothécaire du vendeur? sans garantie aucune? L'acheteur, pour expliquer cette imprudence inexplicable, déclare dans l'acte qu'il a pleine confiance dans la solvabilité de son vendeur; or, il se trouve que le vendeur avait vendu tout ce qu'il possédait : il ne lui restait rien. En supposant la vente sérieuse, personne n'aurait traité avec cette aveugle confiance.

173. La vente était frauduleuse. Ce qui le prouve, c'est que le prétendu acheteur, qui n'avait stipulé aucune garantie contre le vendeur, jugea nécessaire de se mettre à l'abri des actions que pourraient intenter les héritiers. Comment les écarter? comment empêcher la justice de dévoiler la simulation? Rien n'est ingénieux comme l'esprit de fraude. On s'empare de la loi pour éluder la loi et la violer. Lorsqu'il n'y a pas de réservataires, les héritiers légitimes peuvent être exhérédés en instituant un légataire universel, lequel sera saisi de l'hérédité; lui seul aura intérêt à attaquer les libéralités faites à des incapables, parce que lui seul profitera de la nullité; si les héritiers légitimes agissent, on les écartera par une fin de non-recevoir invincible, en leur opposant le défaut d'intérêt. Quant au légataire, il se gardera bien d'agir, car on a soin d'instituer un complice de la fraude, ou du moins un homme sur les sentiments religieux duquel on peut compter. Quand cette fraude se produisit la première fois devant les tribunaux, le barreau l'admira, tout en la réprouvant. C'était un trait de génie. Mais ceux qui l'inventèrent oubliaient une chose, c'est que leur invention aussi était frauduleuse, et que partant les juges avaient le droit et le devoir d'annuler le legs frauduleux, comme ils annulent les sociétés et les libéralités faites en fraude de la loi. C'est ce que fit la cour de Toulouse. Elle décida que le legs universel est nul s'il n'a pour but que d'enlever aux héritiers naturels, en les rendant sans intérêt et par-

tant sans qualité, le droit d'attaquer des legs particuliers faits en fraude de la loi. Dans l'espèce, la supérieure d'une maison de charité avait fait des legs à la supérieure générale des filles de Saint-Vincent-de-Paul, à des religieuses de sa propre maison et à son neveu. Ces legs absorbaient et au delà son hérédité. Elle institua néanmoins un légataire universel. Il est évident, dit la cour, que cette institution n'a d'autre objet que de rendre les héritiers du sang non recevables à attaquer le testament. La cour ne tint aucun compte de ce legs simulé (1).

La fraude ne se tient jamais pour battue; elle s'arme, au besoin, de la bonne foi pour frauder en toute sûreté. Peut-on dire qu'il y ait fraude quand le légataire n'en est pas complice? Pour soutenir qu'il n'y avait pas de fraude dans l'espèce, on invoqua les principes que l'on suivait dans l'ancien droit en matière de fidéicommis. Il ne peut y avoir de fidéicommis, disait-on, que si le légataire chargé de transmettre la chose au fidéicommissaire est lié par une convention au moins verbale; s'il est étranger à la fraude qu'a voulu faire le disposant, il n'y a plus de fidéicommis frauduleux; la transmission qu'il fera, en s'inspirant du désir du testateur, sera une nouvelle libéralité, et elle sera valable si l'aliénation de la chose léguée ne viole aucune loi. Les tribunaux n'ont pas accueilli cette habile défense qui aboutit à une conséquence profondément immorale, et par conséquent illicite : c'est qu'en multipliant les fraudes, on met les tribunaux dans l'impossibilité de les réprimer. Voici le cas qui s'est présenté devant la cour d'Angers; on peut dire que c'est l'idéal en fait de fraude. Une demoiselle, âgée de quatre-vingt-cinq ans, institue un abbé légataire universel. Elle dit dans son testament qu'elle craint que ledit abbé n'accepte pas son institution; elle lui substitue en ce cas un autre légataire. Les héritiers légitimes sont exclus formellement.

(1) Toulouse, 30 novembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 167) et la note de l'arrêtiste qui flétrit cette fraude, tout en reconnaissant qu'elle témoigne une habileté consommée dans ce genre d'expédients, imaginés pour faire passer le patrimoine des familles à des congrégations religieuses en déjouant la prévoyance du législateur. La jurisprudence est constante. Limoges, 13 juillet 1870 Dalloz, 1871, 2, 12).

Or, il se trouve que cet abbé si délicat avait lui-même conseillé et formellement demandé l'exhérédation des parents, laquelle fut proposée à la testatrice par un frère de la communauté de Saint-Joseph. L'abbé pouvait-il puiser dans une exhérédation frauduleuse, qui était son œuvre, une fin de non-recevoir contre l'héritier légitime? pouvait-il invoquer la fraude pour couvrir la fraude? Il n'y avait pas accord, il est vrai, entre le légataire et la testatrice, pas de convention formelle; donc pas de complicité, disait-on pour l'abbé. La cour répond qu'il serait le plus souvent impossible de prouver la complicité, le mystère étant de l'essence même de la fraude : il suffit, dit l'arrêt, que les faits de la cause donnent aux magistrats la conviction que le testateur et le légataire se sont directement ou indirectement entendus sur l'exécution du fidéicommis tacite. La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (1). La cour de cassation rejeta le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'Angers, en décidant que l'exhérédation, employée comme un moyen de faciliter le succès du fidéicommis tacite, faisait partie de la combinaison frauduleuse, et se trouvait par conséquent infectée de la même nullité (2).

Ces principes reçurent leur application dans l'espèce qui nous a entraîné à cette digression (n° 172). Le donateur, après avoir disposé de tous ses biens sous forme de vente, institue un légataire universel. Un légataire de quoi? Le testateur n'avait plus rien. Si, dans leur avidité, les légataires réels laissaient au moins quelque chose au légataire fictif! Le légataire était un homme très-honorable. On voit que l'honorabilité est exploitée au profit de la fraude, de même qu'on tourne la loi contre le droit. Qu'importe, dit le tribunal, qu'il n'y ait pas eu concert frauduleux entre le légataire et le testateur? Le vrai contrat se forme quand le fidéicommissaire accepte; et si à

(1) Angers, 23 février 1859 (Dalloz, 1859, 2, 96). Troplong, t. II, n° 687 (t. I de l'édition belge, p. 234). Comparez le réquisitoire de l'avocat général Corbisier, dans l'affaire de l'abbaye d'Averbode (*Pasicrisie*, 1861, 2, 212.)

(2) Rejet de la chambre civile, 3 juin 1861 (Dalloz, 1861, 1, 218).

ce moment il n'est pas dans le secret, les organisateurs de la fraude sauront bien l'y initier (1).

174. Les sociétés frauduleuses ont fourni aux défenseurs de la fraude un nouveau moyen de maintenir les donations faites à des personnes incapables. Il n'y a point de personne morale, dit-on, qui puisse être gratifiée, soit. Il n'y a point de société civile, partant pas d'apports sociaux, soit encore. Mais au moins y a-t-il des associés; ceux-ci sont dans le droit commun; ils sont capables de recevoir. Que l'on n'oppose pas le vœu de pauvreté qu'ils font; la loi ne connaît plus de vœux, elle ne connaît plus de moines, elle ne connaît que des citoyens. Si, aux yeux de la loi, les religieux ne sont plus que des citoyens, peut-on leur refuser le droit de recevoir, un droit dont jouissent tous les citoyens? Telle est l'objection que les défenseurs des couvents ont faite devant la cour de Bruxelles. C'est toujours la même tactique : se servir de la loi pour éluder la loi. Sans doute, les moines sont citoyens, ils ne sont plus morts aux yeux de la loi, ils peuvent donc recevoir; mais pour recevoir il faut que la libéralité s'adresse à eux; or, le religieux qui fait un apport frauduleux à une société frauduleuse entend-il gratifier des associés frauduleux? Ici le juge est en droit, pour dévoiler la fraude, de se prévaloir des croyances religieuses qui inspirent les prétendus associés; il peut invoquer le vœu de pauvreté qu'ils font pour y puiser la conviction que l'acte de société et les apports sociaux ne sont qu'une fiction imaginée pour éluder la loi et la violer. Quand tous les faits de la cause, quand la correspondance même des religieux attestent qu'ils veulent reconstituer une corporation qui acquière, qui possède, qui se perpétue, comme ferait une personne civile, les juges iront-ils maintenir les donations que ces religieux font à la corporation à titre de libéralités faites à des associés? C'est demander aux juges de se charger du rôle de complices ou de dupes dans la comédie que l'on joue devant eux. Ce n'est pas là leur mission. Les magistrats ont rempli leur devoir, ils ont

(1) Limoges, 13 juillet 1870 (Dalloz, 1871, 2, 12).

annulé tous les actes qui avaient pour but de faire fraude à la loi, les donations frauduleuses aussi bien que les sociétés frauduleuses. « Les libéralités déguisées, dit la cour de Bruxelles, ne sont valables qu'entre parties capables de donner et de recevoir; or, l'association formée par les religieux n'a pas la capacité civile, et il est évident, d'après les clauses du contrat et l'ensemble des faits de la cause, que c'est à la société même et non à ses membres individuellement que la donation a été faite; donc à tous égards la donation est nulle (1). »

V. *Des legs frauduleux.*

175. Une demoiselle de quatre-vingt-cinq ans institue un abbé son légataire universel. Elle déclare qu'elle n'a été influencée par personne en exprimant ses dernières volontés, et surtout pas par celui qu'elle va nommer son légataire universel. Elle proteste devant Dieu qu'elle n'a éprouvé de sa part que de la répugnance; elle craint de voir anéantir ses intentions, telles qu'elle les a arrêtées depuis longtemps; elle craint que le légataire n'abandonne la succession; elle fait appel à sa conscience pour qu'il ne le fasse pas par crainte des procès et du scandale. Ce légataire si délicat est le même abbé qui, au témoignage de la cour, avait conseillé et demandé l'exhérédation afin d'assurer le legs universel qui lui était fait. Cet abbé, qui craint tant le scandale des procès, soutient la validité du testament, et plaide jusqu'en cassation. Nous avons parlé de comédie, il est certain qu'il y a un comédien dans cette affaire. Ce n'est pas la testatrice, on ne joue pas la comédie à quatre-vingt-cinq ans. Donc c'est l'abbé. Cependant, il faut lui rendre une justice; s'il dépouillait la famille de la testatrice, ce n'était pas pour s'enrichir, il n'était que personne interposée, au profit de congrégations religieuses non autorisées, dont il était le supérieur. Il faisait fraude à la loi, fraude pieuse à ses yeux, fraude coupable au point de vue du droit. « On

(1) Bruxelles, 13 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 191, 217).

doit considérer, dit la cour de cassation, comme faites en fraude d'une loi d'ordre public les dispositions testamentaires qui ont pour objet de transmettre, par l'intermédiaire d'une personne interposée, les biens légués à des établissements incapables de recevoir. » Rien de plus difficile à prouver que la fraude; voilà pourquoi la loi admet même les simples présomptions à titre de preuve; c'est dire qu'elle s'en rapporte à la conscience du juge; en effet, c'est le juge du fait qui, d'après la cour de cassation, apprécie souverainement le mérite des présomptions qu'il invoque. Or la cour d'Angers avait décidé que l'abbé légataire n'était qu'une personne interposée, dans le but d'éluder les prohibitions de la loi pour transmettre les biens de la testatrice aux communautés qu'il dirigeait, et qui, n'étant pas reconnues, étaient incapables de recevoir (1).

La question de droit ne fait aucun doute; l'article 1353 la décide. Mais les faits de la cause ont leur importance. Il y a un intérêt social en cause. Nos lois sont éludées journellement, violées et presque toujours impunément. Il y a guerre ouverte entre la société religieuse et la société civile, et dans cette lutte, c'est la fraude qui l'emporte sur le droit. Un pareil état de choses ne peut durer, car l'ordre social est miné dans ses fondements. C'est pour mettre ce conflit dans tout son jour que nous insistons sur des questions qui, pour les jurisconsultes de bonne foi, ne sont pas des questions; mais les passions religieuses viennent à chaque instant obscurcir le débat. Voici encore un abbé légataire. C'est une demoiselle qui lui lègue tous ses biens; pendant quinze ans, elle a vécu dans un couvent, prenant part à toutes les pratiques des religieuses, trouvant son bonheur dans cette vie du cloître qui a tant de charme pour certaines âmes. L'abbé avoue que personnellement il n'avait aucun titre, aucun droit au legs de cent mille francs qui lui était fait, mais il prétend qu'il a été institué sans avoir connaissance du testament, uniquement parce que la testatrice pensait qu'il

(1) Rejet du 3 juin 1861 de la chambre civile (Dalloz, 1861, 1, 218).

ferait un bon usage de ses dons, sans que cet usage eût été déterminé d'avance. Il offrit de prêter serment. La cour se garda bien de l'y admettre. L'abbé, dit l'arrêt, avait déjà été, à différentes fois, chargé de services analogues à celui que la testatrice lui confiait. C'est dire qu'il faisait profession de personne interposée, il était l'agent dévoué de toutes les fraudes pieuses que l'on commettait dans l'intérêt des congrégations non autorisées. Une autre circonstance témoignait contre la sincérité du legs, et partant contre celle du légataire : le testament ne contenait aucune disposition en faveur du couvent où la testatrice avait été pendant quinze ans commensale des religieuses. Comprend-on qu'elle eût complétement oublié, dans la distribution de sa fortune, l'établissement objet de son affection, alors que, dit l'arrêt, elle faisait avec tant de soin, tant d'intelligence et tant de réflexion la part de tous ceux qui avaient quelque droit à ses bienfaits ou à sa reconnaissance? La cour annula le legs, et sa décision fut confirmée par la cour de cassation. Il y avait un doute, dont l'abbé se prévalut. On ne savait pas au profit de qui le fidéicommis était fait, en supposant qu'il y eût fidéicommis; dès lors il n'était pas prouvé que le légataire fût chargé de transmettre à des incapables les biens légués. La cour de cassation répond, et la réponse est péremptoire, qu'en supposant que les personnes auxquelles les biens étaient destinés fussent incertaines, le testament serait encore nul, précisément parce que les légataires sont incertains, et que cette incertitude ne permet point de vérifier leur capacité (1).

176. Cette même difficulté s'est présentée devant les cours de Belgique; elle a été décidée en faveur du légataire dans l'espèce suivante. Le testateur et le légataire étaient des religieux de l'ancienne abbaye de Floreffe, supprimée pendant la révolution. Ces religieux, de même que ceux d'Averbode, appartenant au même ordre, n'avaient qu'une pensée, celle de conserver les biens qui avaient appartenu à leur abbaye, et qu'ils étaient par-

(1) Rejet, 28 mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 442).

venus à sauver du naufrage révolutionnaire. On pouvait donc soutenir que le légataire institué n'était pas le vrai gratifié, qu'il était personne interposée. C'est ce que dirent les héritiers en demandant la nullité du legs. La cour n'accueillit pas leur demande. Pour qu'il y ait une personne interposée, dit-elle, il faut qu'il y ait un légataire réel auquel le légataire fictif doit remettre les biens qui sont l'objet du fidéicommis. Quel est ce légataire? L'abbaye de Floreffe? Elle n'existe plus. Dès lors il ne peut être question d'un fidéicommis (1). Nous croyons que la demande des héritiers était fondée, mais ils l'avaient mal formulée. Il est certain que, dans la pensée du testateur, le religieux qu'il avait institué n'était pas le vrai légataire. Comment une pensée pareille viendrait-elle à un moine qui a fait vœu de pauvreté, et qui donne les biens de son ancienne abbaye à un autre moine qui a fait le même vœu? C'était donc une disposition fictive. Qui était le vrai gratifié? On ne le savait pas. Par cela même le legs était nul, comme fait en faveur d'une personne incertaine.

Dans une autre espèce, le légataire fictif s'est prévalu de la doctrine que la cour de Bruxelles avait consacrée. L'article 911, disait-il, suppose une libéralité faite par une personne interposée, au profit d'un incapable. Cet incapable doit exister. Or, dans le système de ceux qui dénient aux associations religieuses le droit de recevoir, il n'y a pas d'incapable; en effet, la corporation n'existant pas à titre de personne civile, on ne peut pas dire qu'elle soit un incapable; c'est le néant, et le néant figure-t-il parmi les personnes incapables de recevoir? Voilà encore une fois la loi que l'on tourne contre le droit, pour aboutir à la conséquence souverainement absurde qu'une corporation, qui ne peut être légataire, conserve néanmoins de fait les biens qu'en droit elle est incapable d'acquérir. La cour de Bruxelles n'a pas admis cette singulière défense. On ne peut pas dire que les associations religieuses soient le néant. Aux yeux de la loi, oui; mais, en fait, elles vivent, elles agissent, elles dépouillent les

(1) Bruxelles, 3 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 288).

familles de leurs biens; elles possèdent donc et elles reçoivent, quoiqu'elles n'aient pas d'existence légale. A ce titre, elles sont incapables, de même que l'enfant qui n'est pas conçu. Partant, on peut dire que le légataire fictif, chargé de remettre les biens à une association religieuse, est une personne interposée (1).

177. Nous allons entendre des jésuites, légataires frauduleux, venir mentir à la justice, en essayant de confirmer la fraude par le mensonge. On lit dans un testament olographe de 1821 : « Je lègue ma maison, rentes, arrérages de rentes, mon mobilier, or, argenterie à mon exécuteur testamentaire, pour, par lui, en disposer selon mes volontés à lui connues, sans rendre aucun compte, dont je le dispense. » Les héritiers naturels consentirent d'abord à l'exécution du testament, puis ils en demandèrent la nullité. L'exécuteur testamentaire déclara que le défunt l'avait chargé, avant sa mort, de remettre à MM. de Saint-Acheul une somme de 30,000 francs, qu'il tenait à titre de dépôt. L'aveu est indivisible, dit leur défenseur, donc on ne peut rien réclamer à MM. de Saint-Acheul, car le même aveu qui prouve qu'ils ont reçu la somme de 30,000 francs prouve qu'ils l'ont reçue à titre de propriétaires. On leur répondit que l'indivisibilité de l'aveu n'est pas un principe absolu : quand il est constant, dit la cour de Paris, qu'il y a inexactitude dans l'une des parties de l'aveu, l'aveu peut et doit être divisé, sinon il deviendrait une arme pour la mauvaise foi. Or, continue l'arrêt, il résulte des pièces du procès, de l'interrogatoire du défendeur et des circonstances de la cause, que le défunt n'était pas dépositaire. Voyant que le dépôt prétendu et l'indivisibilité de l'aveu n'avaient aucune chance de réussir, les jésuites inventèrent une nouvelle ruse : c'était, disaient-ils, un don manuel que le défunt avait fait à la corporation, par l'entremise de son exécuteur testamentaire. Quoi! dit la cour, vous commencez par dire que le défunt n'était que dépositaire, et maintenant vous préten-

(1) Bruxelles, 13 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 218, et le réquisitoire de l'avocat général, *ibid.*, p. 212), et Rejet du 17 mai 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 1, 288).

dez qu'il était donateur, c'est-à-dire propriétaire! Il n'est pas plus donateur que dépositaire, car rien ne prouve qu'il y ait eu une donation manuelle. Pourvoi en cassation. Les jésuites essayent de repousser les héritiers par une fin de non-recevoir; ils ont consenti à l'exécution du testament, ils l'ont donc approuvé. C'était oublier que l'incapacité qui frappe les congrégations est d'ordre public, et qu'il n'est pas permis aux parties intéressées de la couvrir par leur acquiescement. On ne renonce pas à ce qui est d'ordre public, dit la cour de cassation; elle rejeta le pourvoi, en décidant que la disposition dont les jésuites voulaient profiter était encore nulle, comme faite au profit de personnes incertaines, et laissée à la volonté d'un tiers (1).

Un chanoine institue un légataire universel en excluant des héritiers légitimes. Ceux-ci demandent la nullité du legs, comme étant fait en faveur des jésuites. Malheureusement les jésuites ont, parmi les laïques, des alliés, nous devrions dire des complices, qui viennent déposer ou mentir en leur faveur et, par la crainte qu'ils inspirent, empêchent les témoins de dire la vérité. C'est la cour de Colmar qui le dit. Cependant la vérité se fait jour, le légataire s'embarrasse dans ses propres affirmations. Il s'était immiscé dans l'administration des biens du chanoine, il avait eu la disposition de ses papiers, il prétendit que le défunt les avait fait brûler, et il fit confirmer cette allégation par la gouvernante; la cour lui donna un démenti en déclarant que le fait était dénué de preuve et de probabilité. La correspondance du chanoine attestait qu'il avait l'intention de faire un legs considérable à la compagnie de Jésus; elle donnait donc aussi un démenti à la défense. La cour accueillit la demande des héritiers, et sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet (2).

Un prêtre missionnaire lègue à trois pères jésuites un château avec quatre bonniers de terre. Cette propriété servait, depuis dix ans, de lieu de promenade aux mem-

(1) Rejet, 8 août 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 326).
(2) Rejet, 27 avril 1830 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 325, 1°).

bres de la compagnie; les jésuites occupaient le château à la mort du testateur, et ils continuèrent à en jouir et à percevoir les fermages. Voilà déjà bien des présomptions qui prouvent que c'est la société de Jésus que le testateur avait voulu gratifier. Ajoutez-y que le défunt avait fait deux testaments, dans chacun desquels il faisait une quantité de legs pies, et laissait par contre assez peu de chose à sa famille; prévoyant que ses dispositions seraient attaquées, il excluait de toute libéralité ceux qui voudraient faire casser ses dispositions et les déclarait profanateurs sacriléges de ses dernières volontés. Il laissait des parents très-proches, des frères, des petits-neveux. Et qui leur préférait-il? Dans son premier testament dressé un mois avant le second, il ne nommait pas même deux des légataires auxquels il fit, quelques semaines après, un legs assez considérable; preuve que ce n'était pas par affection qu'il les gratifiait; pour mieux dire ses libéralités ne s'adressaient pas à eux; un prêtre ne peut pas léguer à des moines, parce qu'il sait qu'ils ont fait vœu de pauvreté. Dans le premier acte, le testateur lui-même dévoilait sa véritable pensée; il y disait qu'il léguait le château aux trois religieux, afin que ce bien de campagne servît à la *compagnie*, comme il servait depuis dix ans, de lieu de promenade. Les légataires fictifs s'emparèrent du mot de *compagnie* et prétendirent que le testateur avait en vue, non la compagnie de Jésus, mais certaine société formée entre six jésuites en 1831, à Namur. Cela n'était pas sérieux. La cour de Bruxelles répond que ladite société était tout aussi incapable que la compagnie de Jésus, parce qu'elle n'était pas une personne civile. En définitive, il était évident que le testateur voulant gratifier la compagnie, et ne pouvant le faire directement, parce que l'ordre des jésuites n'existe pas plus aux yeux de la loi que les autres ordres monastiques, avait légué le domaine, occupé de fait par la compagnie, à trois de ses membres : ceux-ci étaient donc personnes interposées pour faire parvenir la chose léguée à une congrégation religieuse non reconnue; partant le legs était nul. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de

rejet qui confirma en tout la décision de la cour de Bruxelles (1).

178. En France, les congrégations religieuses de femmes peuvent recevoir facilement la personnification civile; il suffit qu'elles soient autorisées, mais la loi du 24 mai 1825, conforme en cela à une tradition séculaire, restreint les libéralités qui peuvent leur être faites. Ces restrictions gênent les congrégations, elles préfèrent le régime de la liberté avec la fraude, tel qu'il existe en Belgique, à un régime légal, qui ne leur permet de recevoir que dans de certaines limites. Et il faut croire qu'elles se trouvent bien de la fraude, puisqu'elles ne demandent pas l'autorisation là où elles peuvent l'obtenir. Parfois cependant la fraude est démasquée sur la plainte des héritiers légitimes. La sœur Saint-Ignace lègue sa succession à la sœur Marie-Ange; elle signe de son nom de famille, en ajoutant celui qu'elle a en religion. Quand le legs fut attaqué, la légataire, paraît-il, renia son couvent : Il n'existait pas de congrégation religieuse, disait-elle; c'est bien elle, Marie-Ange, que la testatrice avait voulu gratifier. Il fallut que la cour d'Agen commençât par établir qu'il y avait une congrégation religieuse qui était la vraie légataire. La preuve était facile, car les faits étaient patents. Il était tout aussi facile de prouver l'interposition de personnes. La décision qui intervint est remarquable, parce qu'elle constate l'éternel conflit entre les ordres monastiques et la légalité, que nous rencontrons à chaque instant dans ces affligeants débats. L'établissement gratifié n'avait jamais été autorisé; existant contrairement aux dispositions de la loi, pouvait-il être dans une position plus avantageuse que les établissements qui s'étaient conformés à la loi? C'est dans l'intérêt des familles que la loi a limité les dispositions à titre gratuit que l'on peut faire aux congrégations autorisées. Ne serait-il pas dérisoire que celles qui ont voulu se soustraire à l'autorisation, et exister sans contrôle et sans surveillance, jouissent du privilége de recevoir sans

(1) Bruxelles, 8 août 1853, et Rejet, 30 juin 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 336).

limites des dons qui pourraient leur être faits, privilége que la loi a proscrit, comme contraire à l'intérêt des familles et de l'Etat (1).

179. L'attitude des religieux devant la justice est un des faits les plus déplorables dans cette lutte permanente de la fraude pieuse contre la loi. Leur vœu de pauvreté leur défend de posséder quoi que ce soit, même l'habit qui les couvre. Cependant ils viennent réclamer les legs qui leur ont été faits, en soutenant que c'est bien à eux que la libéralité s'adresse. Double mensonge : ils mentent à leur conscience, à Dieu, à leurs vœux, et ils mentent à la loi en niant que la libéralité soit faite à la congrégation. Quand le tribunal les interroge sur faits et articles, il y en a qui refusent de répondre (2); ce sont les plus honnêtes, mais ils ne sont honnêtes qu'à demi, car leur silence condamne leurs prétentions, et néanmoins ils les maintiennent. Ce refus de répondre est rare, nous ne l'avons rencontré qu'une seule fois dans les nombreuses décisions que nous avons parcourues. D'habitude, les frères et les sœurs soutiennent la validité des legs, et ne reculent devant rien pour faire triompher la fraude. Une religieuse institue légataires universelles sept religieuses composant avec elle une communauté enseignante. Cette communauté a un caractère particulier ; elle n'appartient à aucun des ordres que l'Eglise a reconnus ; ses membres ne prêtent pas de vœux solennels, c'est une congrégation épiscopale ; après l'épreuve du noviciat, les sœurs font profession religieuse entre les mains de l'évêque ou de son délégué et se lient envers lui par les vœux ordinaires d'obéissance, de pauvreté et de chasteté. L'organisation est toute monastique. Pourquoi cette communauté ne se relie-t-elle pas à un des nombreux ordres que l'Eglise a consacrés ? Est-ce une ruse de guerre, qui leur permet de soutenir en justice qu'il ne peut pas être question de personnes interposées, vu qu'il n'y a point de congrégation religieuse à laquelle les biens puissent être transmis ?

(1) Agen, 11 mars 1840 (Dalloz, au mot *Culte*, n° 682, 1°).
(2) Agen, 12 août 1842 (Dalloz, au mot *Culte*, n° 682, 2°).

La cour de Gand constate que le vœu de pauvreté, que font les membres de la communauté, les empêche d'être légataires véritables, et les faits prouvaient qu'elles ne l'étaient pas. Toutes avaient fait un testament semblable, d'après une formule qui leur fut donnée par leur directeur spirituel; il n'y avait là ni affection, ni reconnaissance qui expliquent les libéralités que huit personnes faisaient les unes au profit des autres; le but était patent, elles voulaient donner les biens à la communauté. Le fait fut avoué par une ancienne religieuse qui avait quitté la communauté, et bien que dénié par les sœurs, il était prouvé par toutes les circonstances de la cause. Aucune des prétendues légataires ne réclama jamais sa part dans les biens légués; que dis-je? aucune d'elles ne l'a même jamais connue; la supérieure seule, à l'exclusion des sœurs, touchait les revenus des biens légués. C'est la mainmorte organisée, en violation des lois qui l'ont abolie (1).

L'arrêt de la cour de Gand est remarquable sous ce rapport. On a nié que les associations religieuses rétablissent la mainmorte; on a prétendu qu'elles ne faisaient qu'user du droit commun. Voici à quoi aboutit le droit commun. Ce qui caractérise la mainmorte, dit la cour de Gand, c'est l'existence d'un être moral distinct des personnes qui le composent, être fictif ayant ou s'arrogeant des droits particuliers, acquérant des biens, les possédant dans son intérêt propre; c'est encore l'immutabilité du patrimoine commun lors de la retraite ou du décès des membres de la communauté; c'est, enfin, la perpétuité de l'être moral par l'adjonction de nouveaux membres. Tous ces caractères se rencontraient dans l'espèce. L'arrêt constate ensuite que les religieuses défenderesses et certains témoins ont mis un soin extrême à dissimuler les faits pour égarer la justice; mais la vérité a éclaté à travers les réticences et les mensonges. Il est prouvé, dit la cour, que la testatrice n'a pas voulu instituer les personnes dénommées dans son testament; sa volonté a été de gratifier la communauté religieuse, incapable de rece-

(1) Gand, 23 février 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 371).

voir; c'est dans l'intention de transmettre les biens à leur communauté que les légataires fictifs ont accepté une institution faite en fraude de la loi; donc il y a interposition de personnes au profit d'un incapable, et partant nullité.

VI. *Droits des héritiers.*

180. Les tribunaux cassent et annulent les donations et les testaments, ainsi que les actes de société faits en fraude de la loi. A vrai dire, il y a plus que nullité. Cela n'est pas douteux pour les sociétés et les donations frauduleuses. Aux termes de l'article 1131, l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet; et d'après l'article 1133, la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, ou quand elle est contraire à l'ordre public. La cause, c'est le motif juridique qui porte les parties à contracter; or, quel est le but des contractants dans le tissu de fraudes que nous venons de dévoiler? Leurs contrats ne sont pas des contrats, tout est fiction, et la fiction a pour objet de reconstituer la mainmorte que les lois ont abolie dans l'intérêt de l'Etat et des familles. Les religieux qui figurent dans ces actes frauduleux n'ont pas d'autre motif juridique de contracter; le but qu'ils poursuivent est la fraude à une loi d'ordre public, le moyen qu'ils emploient c'est la simulation; il n'y a rien que fraude dans ce qu'ils font; on doit donc appliquer les articles 1131 et 1133. La conséquence en est que ces actes frauduleux n'ont pas d'existence aux yeux de la loi, et ne peuvent produire aucun effet juridique. Rien de plus logique : c'est le néant que l'on a voulu gratifier; le néant ne saurait recevoir, donc il n'y a ni société, ni donation, et nous ajoutons, ni legs. On objecte, en ce qui concerne les donations et les legs, l'article 900, aux termes duquel les conditions contraires aux lois ou aux mœurs sont réputées non écrites dans les dispositions entre-vifs ou testamentaires. A notre avis, l'article 900 est étranger aux principes qui régissent la cause; nous reviendrons sur la question. Il besoin de texte pour décider que le

législateur ne saurait donner sa sanction à des fictions, à des simulations qui ont pour unique objet de faire fraude à une loi d'ordre public. Là où tout est fraude, il ne saurait y avoir un effet juridique quelconque. C'est le cas d'appliquer la théorie des actes inexistants : la fraude serait la ruine du droit si elle parvenait à l'emporter; donc l'acte frauduleux n'a point d'existence légale, et partant il ne produit aucun effet. La cour de cassation dit qu'il est *radicalement nul* (1).

181. De là suit que les actes frauduleux ne transfèrent point la propriété. Il n'y a pas à distinguer entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Pour qu'il y ait transport de propriété, il faut qu'il y ait un acquéreur capable de devenir propriétaire. Le néant peut-il être propriétaire? Pas plus en vertu d'une donation ou d'un testament qu'en vertu d'un acte de société ou de vente. S'il n'y a aucun transport de propriété, la conséquence est que le disposant reste propriétaire; il peut donc revendiquer. Il ne le fera point, puisqu'il joue le grand rôle dans cette œuvre frauduleuse. Loin de songer à agir, il cherche à empêcher les héritiers d'agir en instituant un légataire fictif. Cette fraude nouvelle est inopérante, aussi bien que les actes frauduleux qu'elle a pour objet de consolider (n° 173). Il nous faut donc voir quels sont les droits des héritiers. L'ordonnance de 1749 contenait, comme sanction de l'incapacité de recevoir, des dispositions de la plus haute importance; nous les recommandons à toute l'attention de nos lecteurs (2).

L'article 1er renouvelle la défense portée par les anciennes ordonnances de faire aucun nouvel établissement de maisons ou communautés religieuses, séculières ou régulières, si ce n'est en vertu de la permission expresse du roi donnée par lettres patentes et enregistrée par les parlements. Sous l'ancien régime, comme aujourd'hui, la fraude violait les lois les plus formelles. L'édit déclare que, pour assurer l'exécution de ses prohibitions, il

(1) Cassation, 13 juin 1870 (Dalloz, 1870, 1, 349).
(2) L'édit du mois d'août 1749 se trouve dans Merlin, au mot *Mainmorte*, § I (*Répertoire*, t. XIX, p. 40 et suiv.).

annule tout établissement fait sans autorisation. Cela ne suffisait pas. Autorisées ou non, les congrégations religieuses recevaient des libéralités abondantes, grâce à l'ignorance et à l'aveuglement des fidèles. L'article 9 réprime cette fraude : tous les actes et dispositions qui seraient faits en faveur des congrégations, directement ou indirectement, par lesquels elles auraient acquis des biens à titre gratuit ou onéreux, sont déclarés nuls sans qu'il soit besoin d'obtenir des lettres de rescision : ceux qui forment ou administrent ces établissements sont déchus de tous les droits résultant desdits actes, même de la répétition des sommes qu'ils auraient payées, et ce malgré les consentements qui auraient été donnés en exécution des actes nuls, et nonobstant toute prescription. C'est la consécration du principe que nous venons d'établir. La congrégation religieuse n'ayant pas d'existence légale, tout ce qui se fait pour elle ou en son nom est également dépourvu d'existence ; il n'y a ni ventes, ni donations, ni legs. Ce principe est poussé par l'édit de 1749 jusque dans ses dernières conséquences : une communauté achète un bien et le paye ; si ce bien lui est enlevé, comme nous allons le dire, elle ne pourra point répéter ce qu'elle a payé, car elle n'existe pas.

Dans l'ancien droit, comme aujourd'hui, les donateurs n'agissaient point ; mais l'ancienne législation, plus prévoyante que la nôtre, assurait les droits des familles contre ceux qui les dépouillaient. Les enfants ou présomptifs héritiers, dit l'article 10, seront admis, même du vivant de ceux qui auront fait des dispositions au profit d'établissements non autorisés, à réclamer les biens par eux donnés ou aliénés. A plus forte raison, les héritiers, successeurs ou ayants cause pouvaient réclamer après la mort des disposants : la réclamation profitait à tous les ayants droit, le but de l'édit étant de restituer à la famille les biens dont elle avait été injustement dépouillée.

La disposition de l'édit qui permet aux héritiers présomptifs d'agir du vivant de leur auteur, est exorbitante du droit commun ; il est certain qu'elle n'existe plus. Elle était très-juste néanmoins ; ceux qui sont spoliés doivent

avoir le droit d'agir immédiatement contre les spoliateurs. C'était aussi un moyen énergique de prévenir les spoliations, ceux qui dépouillaient les familles pouvant craindre toujours d'être dépossédés; ils ne pouvaient jamais invoquer de prescription. Dans notre droit moderne, les héritiers ne peuvent agir que lorsque la succession est ouverte; ce qui rend le plus souvent leur action dérisoire quand il s'agit de biens mobiliers, de deniers ou de valeurs. Il y a un délit civil, dans l'espèce; pourquoi doit-on attendre la mort du coupable pour agir? Le législateur moderne, par son inaction, favorise la fraude et l'encourage : c'est cependant contre la loi qu'elle est dirigée!

Après la mort des disposants, les héritiers ont, sans doute aucun, le droit d'agir; bien entendu, les héritiers du véritable propriétaire. Il est arrivé que les héritiers du propriétaire fictif ont réclamé les biens que le défunt possédait comme personne interposée; les tribunaux ont repoussé leur action, et à juste titre; celui qui est personne interposée n'a aucun droit sur les biens dont il est propriétaire fictif, il n'en peut donc transmettre aucun à ses héritiers (1). La preuve de l'interposition est parfois très-difficile; le juge se décidera d'après les présomptions que lui fournissent les circonstances de la cause (2). Par contre, il peut arriver qu'une personne qui, par sa position ou ses opinions, paraît avoir joué le rôle de personne interposée, a réellement agi pour son compte; c'est au juge à démêler la vraie vérité au milieu de ces fraudes réelles et apparentes (3).

182. Les héritiers du vrai propriétaire peuvent revendiquer, sans être tenus de demander la nullité des actes frauduleux. Dans notre opinion, cela ne fait aucun doute. Les actes frauduleux sont inexistants; le défunt est donc resté propriétaire, et il transmet la propriété à ses héritiers. On ne peut pas leur opposer les actes fraudu-

(1) Rejet, 5 juillet 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 325, 1°). Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 225, n° 166.
(2) Bruxelles, 3 mars 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 203).
(3) Bruxelles, 12 juillet 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 167).

leux, puisque ces actes n'ont point d'existence. Si on les opposait, les héritiers les repousseraient comme faits en fraude d'une loi d'ordre public et n'existant pas aux yeux de la loi. C'est le néant; et doit-on, peut-on même demander la nullité du néant (1)?

L'édit de 1749 ne permettait pas aux détenteurs des biens acquis en fraude de la loi de se prévaloir de la prescription. Il en est encore de même en droit moderne, lorsque les biens sont possédés par ceux qui sont complices de la fraude. Quant à l'usucapion, cela ne fait aucun doute; les possesseurs n'ont ni bonne foi, ni titre, car la fraude n'est certes pas un titre (2). Mais ne pourraient-ils pas invoquer la prescription trentenaire qui n'exige ni titre, ni bonne foi? Non, car il faut au moins la possession, et une possession véritable à titre de propriétaire. Or, la possession des spoliateurs est une fiction, aussi bien que leur propriété. Ce n'est pas pour eux qu'ils possèdent, c'est pour la corporation, laquelle est incapable de posséder. Donc toute prescription est impossible, tant que les biens sont possédés par les spoliateurs ou leurs complices.

Peut-on opposer aux héritiers l'exécution du testament comme une confirmation d'où naît une fin de non-recevoir? Il arrive parfois que les héritiers, circonvenus par les légataires, ou par respect pour la volonté du défunt, consentent à la délivrance des legs. Quand ensuite ils se ravisent et qu'ils agissent en nullité, les défendeurs ne manquent pas de leur opposer qu'ils ont renoncé à leur droit, en confirmant le testament du défunt. Les tribunaux ont toujours rejeté cette fin de non-recevoir. Aux termes de l'article 1338, celui qui exécute volontairement une obligation est censé la confirmer. Toute confirmation implique une renonciation; elle suppose donc que celui qui confirme peut renoncer à l'action en nullité; or, quand la nullité est d'ordre public, comme dans l'espèce, la renonciation est nulle; les parties peuvent bien renoncer à un

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 214, n° 158.

(2) Bruxelles, 13 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 36), et Rejet, 28 juin 1867 *Pasicrisie*, 1868, 1, 35).

droit qui est établi en leur faveur, il ne leur est pas permis de renoncer à ce qui est d'intérêt public; ces renonciations sont frappées de nullité par l'article 6 (1).

183. Quand les détenteurs des biens donnés, en fraude de la loi, à une congrégation religieuse sont condamnés à les restituer, doivent-ils aussi restituer les fruits qu'ils ont perçus? La question est décidée par les articles 549 et 550; elle se réduit à savoir si les possesseurs sont de bonne foi ou de mauvaise foi. Si les détenteurs sont les auteurs ou les complices de la fraude, il va sans dire qu'ils sont de mauvaise foi, puisqu'ils connaissent les vices du titre en vertu duquel ils possèdent. La cour de Gand a appliqué ce principe aux sœurs, qui soutenaient que le legs qui leur avait été fait s'adressait à elles et non à la congrégation; l'arrêt porte qu'elles se sont efforcées par tous les moyens de faire triompher la fraude ourdie pour éluder les prohibitions de la loi, ce qui excluait la bonne foi; par suite elles furent condamnées à restituer les fruits perçus à partir du décès de la testatrice (2). La cour de Bruxelles a jugé dans le même sens que les détenteurs des biens étant ceux-là mêmes qui avaient eu recours à des actes simulés pour échapper à la loi d'ordre public qui frappe leur corporation d'une incapacité absolue d'acquérir et de posséder, il était impossible de ne pas reconnaître qu'ils connaissaient les vices dont le titre de leur possession était entaché (3). Si les biens avaient été aliénés et se trouvaient entre les mains de tiers acquéreurs, la bonne foi serait possible; ce sera une question de fait. Pour les auteurs et complices de la fraude, c'est aussi une question de fait, mais la fraude dont ils se sont rendus coupables les constitue de mauvaise foi, dans le sens légal; ce qui n'empêche point que dans le for de leur conscience

(1) Rejet, 8 août 1826 (voyez plus haut, n° 177). Lyon, 13 février 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 325, 6°); Rejet, 3 janvier 1866 (Dalloz, 1866, 1, 77). Bruxelles, 22 avril 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 189).

(2) Gand, 23 février 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 375).

(3) Bruxelles, 12 juillet 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 173). Comparez le tome VI de mes *Principes*, p. 303, n° 220. La cour de cassation de France a jugé que le débiteur peut répéter les intérêts qu'il a payés à une congrégation religieuse. Cassation, 13 juin 1870 (Dalloz, 1870, 1, 349).

viciée et aveuglée, ils ne puissent être de bonne foi, dans le sens vulgaire du mot.

Les restitutions auxquelles les auteurs ou complices de la fraude sont condamnés soulèvent encore une autre question. Une jurisprudence constante admet que ceux qui participent à un délit civil ou à un quasi-délit sont tenus solidairement de toutes les obligations qui en résultent. Nous examinerons cette doctrine au titre des *Obligations*. Si on l'admet, on doit l'appliquer aux complices de la fraude qui a pour objet de dépouiller les familles en violant une loi d'ordre public. Les arrêts qualifient ce fait de quasi-délit, peut-être parce qu'il n'y a pas d'intention doleuse, en ce sens que ceux qui fraudent la loi le font par devoir de conscience, conscience mal éclairée, qui leur persuade qu'ils agissent dans l'intérêt de la religion. Peu importe au point de vue de notre question : la solidarité étant admise pour les quasi-délits aussi bien que pour les délits (1).

184. Le plus souvent, les héritiers ne réclament point. Il y a plus de couvents en Belgique, sous l'empire de la liberté d'association, qu'il n'y en avait avant 89. Toutes ces congrégations possèdent des biens meubles et immeubles, en violation de la loi qui leur défend de posséder. Il y a là, au point de vue du droit, un scandale déplorable : c'est que la loi, et une loi d'ordre public, est violée tous les jours, incessamment. L'édit de 1749 était plus prévoyant que notre législation. Après avoir accordé aux héritiers le droit d'agir, même pendant la vie du disposant, l'édit ajoutait : « Les seigneurs dont aucuns desdits biens seront tenus immédiatement, soit en fief ou en roture, pourront aussi demander à être mis en possession. » Les parents leur étaient préférés, s'ils intentaient l'action dans l'an et jour ; après ce délai, la propriété était acquise irrévocablement aux seigneurs (art. 11).

Les seigneurs aussi pouvaient rester dans l'inaction, comme font aujourd'hui les familles. En ce cas, l'édit en-

(1) Bruxelles, 13 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 36). Gand, 23 février 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 375).

joignait aux procureurs généraux près des parlements de former leurs demandes. A leur poursuite, les biens étaient vendus à l'enchère, et le prix confisqué, pour être appliqué aux hôpitaux, au soulagement des pauvres, ou à des ouvrages publics (art. 12 et 27).

La fraude est ingénieuse, elle trouve mille moyens d'éluder la loi; l'édit cherche à rendre la fraude plus difficile, en défendant aux notaires de prêter leur ministère aux congrégations non autorisées, sous peine d'interdiction, d'amende et de dommages-intérêts des parties (article 22). Restent les personnes interposées ; il se trouve toujours des hommes que la foi aveugle, et qui se prêtent à ce rôle illicite. L'édit défend à toutes personnes de prêter leurs noms à des gens de mainmorte, pour acquérir et posséder des biens, en violation de la loi, à peine de 3,000 livres d'amende, même sous plus grande peine, suivant l'exigence des cas (art. 24).

185. Nous recommandons ces dispositions au législateur et à tous ceux qui prennent à cœur le maintien du droit. Sans le respect du droit, aucune société ne peut subsister. Or le droit est violé systématiquement partout où il y a un couvent, il est violé par des hommes et des femmes qui quittent le monde pour pratiquer, dans la solitude du cloître, les règles de la perfection évangélique : ils servent de modèles au commun des fidèles. Que l'on songe à l'altération du sens moral que cette violation de la loi suppose chez ces saints personnages, et à la funeste influence que leur exemple doit exercer sur ceux qui les vénèrent toujours comme des anges, ainsi que l'on disait au moyen âge. Peut-il exister une société quand les lois sont violées impunément par ceux qui devraient enseigner le respect des lois en prêchant d'exemple?

A notre avis, il n'y a qu'un remède au mal, c'est celui que les législateurs de la révolution ont appliqué en abolissant les congrégations religieuses, même comme associations libres. Leur permettre de s'établir comme telles, c'est se mettre en conflit avec les croyances des religieux et avec les nécessités de la vie : la foi et les besoins l'emporteront toujours sur la loi. La loi leur défendra vaine-

ment de posséder; il faut qu'elles vivent et, dans leur croyance, elles ont le droit de vivre, droit qu'elles tiennent de Dieu même : aussi longtemps qu'il y aura un moine, il y aura fraude à la loi.

En Belgique, il faudrait un changement à la constitution pour interdire les congrégations religieuses; or, un changement à la constitution est une révolution légale : on aurait tort d'y compter. Il faut donc veiller à ce que les congrégations ne deviennent pas des personnes civiles et qu'elles ne rétablissent pas la mainmorte. C'est dire que la loi doit réprimer la fraude à la loi, comme l'a fait l'édit de 1749. A notre avis, le législateur n'a pas besoin de prononcer la confiscation des biens acquis en fraude de la loi; il n'a qu'à prescrire un délai, plus court que la prescription ordinaire, pour l'action en revendication qui appartient au propriétaire et à ses héritiers; passé ce délai, les propriétaires seront censés avoir abdiqué leur droit; par suite les biens seront sans maître et à ce titre ils appartiendront à l'Etat (1). Que l'Etat fasse servir à l'instruction du peuple des biens qui devaient servir à perpétuer l'ignorance. Ce n'est pas ici le lieu de développer ces idées; nous avons dû constater le mal, parce que notre ouvrage est consacré au droit, et qu'il est inspiré par le respect de la loi. C'est au législateur à chercher le remède au mal, et il est urgent d'y remédier.

N° 3. DES PERSONNES DITES CIVILES.

186. L'article 910 porte : « Les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, de pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret impérial. » Il y a encore d'autres personnes, dites civiles : ce sont les sociétés civiles ou commerciales auxquelles la doctrine reconnaît les droits d'une personne morale; nous renvoyons au titre de la *Société* ce que nous avons à en dire. Pour le moment, nous ne traitons

(1) Comparez le tome VI de mes *Principes*, p. 225, n° 266.

que des établissements d'utilité publique, dont parle l'article 911. Cette matière appartient au droit administratif; voilà pourquoi les auteurs s'en occupent très-peu; et si nous restions fidèle au plan que nous avons suivi jusqu'ici, en écartant tout ce qui n'est pas du domaine du droit civil proprement dit, nous devrions faire comme eux. Mais nous croyons que nos lecteurs nous en sauraient mauvais gré. La matière des dons et legs faits aux personnes civiles est d'un intérêt journalier; et les principes en sont ignorés à ce point que les erreurs abondent; il n'y a presque pas de testament qui ne doive être rectifié par l'arrêté royal qui autorise l'acceptation des libéralités qui s'y trouvent au profit d'établissements publics. Cependant ces actes émanent d'hommes de loi; on y voit parfois figurer comme parties des avocats, des jurisconsultes de premier ordre (1); les erreurs étranges que l'administration est obligée de redresser prouvent combien les principes qui régissent cette matière sont peu connus. De son côté, la pratique administrative n'a pas l'esprit de suite et de fixité qui caractérise la jurisprudence des tribunaux. Elle n'est pas la même en France et en Belgique; et elle varie très-souvent dans un seul et même pays, au gré des passions politiques et des préjugés religieux. Toutefois, il y a des principes; ils sont même très-simples. Nous croyons bien faire en les exposant, jusque dans les détails, sauf à nous arrêter moins longtemps qu'on ne le fait d'ordinaire sur des questions que la vie réelle ignore. On ne discute guère devant nos tribunaux la validité des legs faits sous la condition « si vous touchez le ciel du doigt », ou « si vous buvez toute l'eau de la mer »; tandis que l'on plaide tous les jours sur les legs faits à des établissements publics ou religieux.

(1) Voyez le projet de fondation Capiaumont, que le gouvernement a refusé d'autoriser, comme illégal; l'avocat Balliu était l'un des fondateurs! (Circulaires du ministère de la justice, année 1859; arrêté royal du 20 janvier 1859, p. 332.)

I. *Principe.*

187. On pose d'ordinaire en principe que les établissements d'utilité publique sont capables de recevoir, avec cette restriction que le gouvernement doit intervenir pour les autoriser à accepter les libéralités qui leur sont faites (1). A notre avis, il est plus exact de dire que, même reconnus à titre de personnes civiles, les établissements publics restent incapables, qu'ils n'ont jamais qu'une capacité relative et limitée qui leur est accordée par l'autorisation. Il règne tant d'erreurs, volontaires et involontaires, sur les personnes dites civiles, que le langage du jurisconsulte ne saurait être trop précis. Le code lui-même décide implicitement la question. Où se trouve placé l'article 910? A la suite des dispositions qui déterminent quelles personnes sont incapables de recevoir. S'il s'agissait seulement d'une condition requise pour valider l'acceptation, l'article 910 serait inutile, car l'article 937 règle tout ce qui concerne l'acceptation des libéralités faites à des établissements d'utilité publique. Si les auteurs du code ont jugé nécessaire de parler de ces établissements dans la section qui traite de la capacité de recevoir, c'est que les personnes dites civiles sont en réalité incapables. La raison de cette incapacité est très-simple. Nous avons dit ailleurs que le législateur ne se sert jamais de l'expression de *personne civile* ni de celle de *personnification*; c'est la doctine qui les emploie, pour abréger les explications. A vrai dire, il n'y a pas de personnes civiles; il y a des établissements chargés d'un service public; pour remplir leur mission, il leur faut des biens, des revenus; la bienfaisance les leur donne. Mais à quelles conditions peuvent-ils recevoir des libéralités? Il ne suffit pas qu'ils soient reconnus par la loi; il faut de plus que le gouvernement intervienne pour chaque don qui leur est fait; car ils n'ont pas la capacité d'acquérir à titre gratuit, comme les personnes réelles; ils ne peuvent recevoir que des libéra-

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 616, nos 592 et 592 *bis*, et p. 618, n° 593.

lités destinées au service public dont ils sont chargés. Cela ne suffit pas pour les rendre capables ; il faut de plus qu'il soit constaté, pour chaque don, que la libéralité est utile à l'établissement sans nuire aux familles ni à l'intérêt de la société. En ce sens, l'autorisation du gouvernement est une condition essentielle pour que les établissements publics soient capables de recevoir ; et comme cette autorisation doit leur être accordée pour chaque don, ils restent, en principe, incapables.

Il y a donc une grande différence entre les personnes civiles et les personnes réelles. Les premières, quoique reconnues, restent frappées d'une incapacité radicale, qui n'est levée que par l'autorisation donnée pour chaque acte où elles figurent. Les autres peuvent recevoir d'une manière illimitée ; alors même qu'elles sont incapables, les libéralités qu'on leur fait sont seulement annulables, elles ne sont pas radicalement nulles ; tandis que les dons faits à un établissement non autorisé à les recevoir n'existent pas aux yeux de la loi tant que l'autorisation ne leur est pas accordée (1). C'est ce que la cour de Paris a décidé dans l'espèce suivante. Un religieux lazariste fait, au profit de sa congrégation, d'abord un testament, puis une donation déguisée sous forme de vente. Le tribunal de la Seine annula le testament ; quant à la libéralité déguisée, il la déclara valable, en renvoyant la congrégation à se pourvoir en autorisation devant l'autorité administrative. Sur l'appel, la cour décida que la libéralité, directe ou déguisée, bien que faite au profit d'une congrégation légalement reconnue, est nulle radicalement, comme faite à un incapable, et à un incapable qui a voulu frauder la loi, en se soustrayant à la nécessité d'une autorisation (2). Aucun acte ne peut valider ce qui n'a point d'existence aux yeux de la loi.

188. Pourquoi les établissements d'utilité publique, bien que reconnus, ne peuvent-il pas recevoir à titre gratuit, sinon avec autorisation? C'est une incapacité tra-

(1) Bruxelles, 1er février 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 275). Voyez plus bas, n° 299.

(2) Paris, 10 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 2, 110).

ditionnelle, fondée sur les plus graves motifs d'intérêt social. Dans l'ancien droit, comme aujourd'hui, l'on admettait, à la vérité, que « les communautés et compagnies légitimement établies tenaient lieu de *personnes*, en ce sens que leur union rendait communs à tous ceux qui les composaient leurs intérêts, leurs droits et leurs priviléges, de sorte qu'on les considérait comme un seul tout (1). » Etant considérées comme des êtres civils, ces personnes fictives avaient par cela même capacité générale d'acquérir des biens, par les mêmes voies qui sont ouvertes à tous ceux qui ont le droit de cité. Mais cette capacité théorique a été limitée de bonne heure et s'est transformée en incapacité. En voici la raison. Les biens possédés par les personnes dites civiles n'appartiennent pas aux membres de la communauté, ni aux administrateurs des établissements publics; la propriété réside sur la tête de l'être moral civilement personnifié; or, ces communautés ou établissements étant constitués dans un esprit de perpétuité, les biens qui leur appartiennent y restent attachés pour toujours afin de pourvoir aux besoins de la communauté, ou aux nécessités du service qui est desservi par les divers établissements d'utilité publique. De là l'inaliénabilité de ces biens; c'est à cause de l'impuissance d'aliéner où sont les membres de ces corps, qu'on les nommait *gens de mainmorte*, et l'on donnait le nom de *mainmorte* aux biens qu'ils possédaient.

La mainmorte, que les partisans du passé célèbrent comme l'exercice légitime de la liberté et du droit de propriété, n'a jamais été vue avec faveur. On prétend aujourd'hui que l'Eglise et ses établissements jouissent de la personnification civile en vertu de leur droit divin, que la loi le veuille ou non. Dans notre ancien droit, cette hérésie juridique était inconnue; c'était une règle universelle qu'aucune congrégation religieuse, aucune corporation civile ne pouvaient s'établir sans l'autorisation du gouvernement. « Il faut veiller, dit un légiste très-favora-

(1) Ce sont les expressions de Domat, *Droit public*, liv. I, tit. XV, sect. II, n° 2.

blé à l'Eglise, à ce que les personnes fictives n'affament point la société réelle d'hommes et de moyens de subsistance (1). » « Ce n'était pas assez, dit Bergier, d'arrêter par cette sage réserve le débordement des fondations et des établissements, que le goût des nouveautés, les intrigues des corps, et la vanité de faire passer son nom à la postérité avec le titre fastueux de *fondateur*, auraient multipliés à l'infini : il fallait encore opposer une barrière à l'ambition des corps établis. Par la nature de leur constitution, qui leur donnait toute liberté d'acquérir sans leur permettre de vendre, ils tendaient nécessairement vers l'agrandissement de leurs propriétés. En peu de temps, l'équilibre entre la mainmorte et le reste de la nation devait être rompu. On pouvait calculer le terme où l'excessive opulence de la mainmorte, attirant à soi tous les sucs nourriciers, aurait exténué les autres membres du corps politique de l'Etat. On vit le danger et l'on crut y apporter un remède en exigeant des lettres d'amortissement, sans lesquelles la mainmorte ne pouvait pas posséder d'immeubles, et que l'on ne devait accorder qu'en connaissance de cause. » Mais, continue Bergier, cette sage précaution ne fut qu'une mesure illusoire, et les lettres d'amortissement, une vaine formalité, dont les besoins de l'Etat rendirent toujours l'accomplissement facile pour de l'argent. Il fallait une barrière plus étendue. Tel fut l'objet de l'édit de 1749. La paix venait de se faire; le roi crut de son devoir, pour maintenir le bon ordre dans son royaume, de remédier aux inconvénients de la multiplication des établissements de mainmorte, et de la facilité qu'ils trouvent à acquérir des fonds naturellement destinés à la subsistance et à la conservation des familles. Le roi se plaint que les fondateurs préfèrent l'intérêt des gens de mainmorte à celui de leurs proches. Nous avons (n° 181) dit quelles mesures l'édit de 1749 prit pour arrêter la multiplication des corporations religieuses. Pour empêcher celles qui existaient légalement de dépouiller les familles, le roi leur défendit

(1) Bergier, notes sur Ricard, t. I, p. 153.

d'acquérir des immeubles à quelque titre que ce fût, si ce n'est après avoir obtenu des lettres patentes pour faire cette acquisition, lettres qui devaient être enregistrées, en grande connaissance de cause, sur les conclusions des procureurs généraux, et après avoir entendu toutes les parties intéressées (1). C'est ainsi que la capacité d'acquérir, dont on avait tant abusé, finit par se transformer en incapacité.

189. Bergier croyait que les bornes des biens de mainmorte étaient enfin devenues immuables. Il avait compté sans la fraude. C'est ce que nous apprenons par les édits de nos anciens souverains. Marie-Thérèse n'était certes pas hostile à la religion ni à l'Eglise. Dans le préambule de l'édit du 15 septembre 1753, elle dit : « Nous connaissons toute la faveur que méritent des établissements qui n'ont pour objet que le service de Dieu, l'instruction des fidèles et le soulagement des pauvres ; et nous employons volontiers nos soins pour la conservation des possessions légitimes de ceux qui ont été formés par les motifs de l'utilité publique, et conformément aux lois. Mais en accordant notre protection royale au maintien de ces possessions, l'*intérêt* et la *voix commune de nos fidèles sujets* nous invitent à veiller aussi à la conservation des familles et à empêcher que, par des *acquisitions contraires aux lois*, une *grande partie* des immeubles ne soit soustraite au commerce. » Il y avait donc des lois ; elles remontaient à Charles-Quint ! Qu'étaient-elles devenues ? « Quelque salutaires qu'elles soient, dit Marie-Thérèse, fondées sur le bien commun de la société, l'expérience ne fait que trop voir qu'on a trouvé des *moyens de toute espèce* pour en *éluder l'exécution*. » L'édit de 1753 emprunte de nouvelles rigueurs à l'édit de Louis XV de 1749. Il reproduit les anciennes ordonnances, et notamment la défense d'ériger des corporations, ecclésiastiques ou laïques, sans le consentement du prince. Puis l'édit ordonne aux gens de mainmorte de dresser un état exact de leurs biens immo-

(1) Edit de 1749, art. 14 et suivants (Merlin, *Répertoire*, au mot *Main morte*, § I (t. XIX. p. 43 et suiv.).

biliers non amortis, et leur commande de les vendre dans l'année, à peine de confiscation. Les gens de mainmorte avaient pris leurs précautions. « *Quantité de biens,* dit Marie-Thérèse, ont été acquis et sont occupés à leur profit sous des noms empruntés, ou par des personnes interposées. » Elle ordonne que tous ceux qui ont fait de pareilles acquisitions déclarent le tout, sans aucune réserve (mentale?), dans les trois mois, à peine de confiscation et de punition arbitraire. L'édit annule toute acquisition que les gens de mainmorte tenteraient de faire à l'avenir, par quelque moyen ou prétexte que ce puisse être, toujours sous peine de confiscation. Mais comment atteindre des gens qui ont mille moyens de se cacher, et pour qui la fraude est un acte de piété? Marie-Thérèse fait appel à la dénonciation, en allouant aux dénonciateurs le tiers des biens recélés pour les récompenser; afin de les mettre à l'abri de la vengeance, elle promet de tenir leur nom secret. Ainsi, pour réprimer la fraude on était obligé de recourir à des moyens qu'une conscience délicate réprouve. Un moyen plus honorable était de menacer perpétuellement les gens de mainmorte de la revendication, en écartant toute prescription. De plus l'édit défend aux notaires de recevoir aucun acte d'acquisition au profit des mainmortes, sous peine de nullité et d'amende. Enfin, les transports d'immeubles étant assujettis à des formalités connues sous le nom d'œuvres de loi, l'édit enjoint à ceux qui font le transport et à ceux qui le reçoivent de déclarer qu'il ne se faisait au profit d'aucune mainmorte, sous peine d'amende pour les officiers publics et sous peine d'être punis comme parjures, d'après toute la rigueur des lois, pour ceux qui prêteraient un faux serment (1).

190. Nous avons dit ailleurs que la fraude est plus puissante que le législateur qui cherche à l'empêcher et à la punir. Il n'y a qu'une mesure radicale qui soit efficace, et elle est aussi légitime que nécessaire, c'est

(1) L'édit de 1753 est rapporté dans le t. I du *Répertoire* de Tielemans, p. 144.

celle que la révolution a consacrée : abolir les gens de mainmorte, en défendant toute association religieuse. Nous disons que ce moyen est légitime. Notre avis paraîtra suspect quand il s'agit des envahissements de l'Eglise, que nous avons combattus toute notre vie. Mais on ne suspectera pas Portalis, dont les sentiments catholiques sont reconnus par nos adversaires. La Révolution supprima les couvents, les Lois organiques du concordat maintinrent la suppression. Portalis justifie cette mesure dans l'intérêt de la religion tout ensemble et dans celui de la société. « Les associations religieuses sont illicites, dit-il, par cela même qu'elles ne sont pas autorisées et que leur régime n'a point été soumis à l'examen et à l'approbation du magistrat politique. N'est-il pas contre l'ordre public qu'il puisse se former, dans un Etat, des associations, des sociétés, des ordres sans autorisation de l'Etat? Le droit d'approuver ou de rejeter une corporation n'est-il pas une conséquence nécessaire du droit essentiel qu'ont les Etats de veiller à leur conservation? Le droit public de la France a toujours exigé, pour l'établissement des ordres religieux, l'intervention et l'autorisation du magistrat; et ce principe est commun à tous les Etats catholiques (1). » Dans son rapport sur les lois organiques, Portalis se place sur le terrain de la religion. « Les ordres monastiques ne sont point de droit divin ; ils ne sont que d'institution ecclésiastique : il n'est pas nécessaire à la religion que ces ordres existent. Conséquemment, les établissements religieux sont de la nature de ceux que le souverain peut permettre ou refuser, sans blesser ce qui est de nécessité de salut... Pendant les premiers siècles de l'Eglise, il n'y avait point de profession monastique... Le concile de Latran de 1215 défendit d'inventer de nouvelles religions, c'est-à-dire de nouveaux ordres ou congrégations. Cette défense, dit le judicieux abbé de Fleury, était fort sage et conforme à l'esprit de la plus pure antiquité. Mais le décret a été si mal observé

(1) Circulaire ministérielle du 5 pluviôse an XII ; Rapport au premier consul du 19 prairial an XII (Portalis, *Discours et Rapports*, p. 451 et suiv.).

qu'il s'est établi, depuis, beaucoup plus d'ordres que dans les siècles précédents... De ces divers établissements est provenue une multitude de communautés, distinguées par l'habit, divisées d'intérêt, de principes et de parti. L'État a été surchargé de mendiants, de gens oisifs oubliant leur première institution... Un acte de dévotion a fait établir de nouvelles maisons, et à force d'œuvres pies, les Etats se ruinent et se dépeuplent sensiblement... En 1773, il parut un édit qui ordonna quelques réformes. Il n'était plus temps de donner un nouvel être à des institutions qui n'étaient plus adaptées à l'esprit du siècle... L'assemblée constituante a proscrit les ordres religieux; il valait mieux les détruire que de continuer à les avilir (1). »

191. A l'époque où le code civil fut rédigé, il n'y avait plus d'ordres religieux en France; les moines étaient dispersés, et il leur était même défendu de vivre en commun. Voilà pourquoi le code ne parle pas de congrégations, et il n'en est pas dit un mot dans les discours prononcés devant le Corps législatif. L'article 910 ne mentionne que les hospices, les pauvres d'une commune, lesquels sont représentés par le bureau de bienfaisance; puis il ajoute, « ou d'établissements d'utilité publique. » Cette expression comprend ce que la doctrine appelle improprement personnes civiles. Nous dirons plus loin que certaines congrégations ont été rangées parmi les établissements d'utilité publique, comme étant chargées, avec les bureaux de bienfaisance et les hospices, du service de la charité. C'est l'utilité publique qui est le principe de la personnification civile; la bienfaisance, l'instruction et le culte sont les principales causes qui ont fait attribuer aux établissements chargés de ces services le droit de recevoir des libéralités. Il va sans dire que l'Etat, les provinces et les communes, qui ont la direction de tous les établissements d'utilité publique, ont par cela même qualité pour posséder et recevoir. Il y a donc encore une mainmorte légale; mais ce n'est qu'une ombre de ce qui existait jadis. Il n'y

(1) Portalis, Rapport sur les articles organiques (Discours et rapports, p. 224 et suiv.).

a plus de mainmorte religieuse; les fabriques mêmes, ainsi que les congrégations hospitalières, sont des institutions laïques subordonnées à l'autorité civile. Malheureusement la fraude a reconstitué ce que le législateur avait détruit. L'esprit de fraude qui cherche à se soustraire à l'empire de la loi est inhérent à l'Eglise : elle se croit appelée à dominer et non à obéir. Il y a donc une mainmorte illégale qui, aux inconvénients que présentait l'ancienne mainmorte, a ajouté un danger nouveau, la violation incessante de la loi. C'est ce qui donne un si puissant intérêt à cette matière. Jadis les légistes luttaient contre les envahissements de l'Eglise; aujourd'hui ils sont appelés à lutter pour le maintien du droit, sans lequel il n'y a plus de société.

Lorsque le code fut discuté, le danger n'existait pas encore. Voilà pourquoi les orateurs du gouvernement et du Tribunat passent légèrement sur une matière qui depuis a acquis une importance sociale. La mainmorte civile paraissait si peu à craindre, que Bigot-Préameneu dit, contrairement à la loi : « On ne met pas au nombre des incapables de recevoir les établissements d'utilité publique. Il est à désirer que l'esprit de bienfaisance répare les pertes que ces établissements ont faites pendant la révolution; mais il faut que le gouvernement les autorise. Il doit connaître la nature et la quantité des biens qu'il met ainsi hors du commerce; il doit même empêcher qu'il n'y ait dans ces dispositions un excès condamnable. » « Le zèle et la piété, dit Jaubert, ne doivent pas excéder les bornes légitimes. L'intérêt de la société, celui des familles exigeaient cette limitation, qui, au reste, sera encore plus sage que le fameux édit de 1749, où on ne trouvait des dispositions restrictives que sur les immeubles (1). » Cette lacune de l'édit s'explique par le peu de développement que la richesse mobilière avait pris à cette époque; de là l'espèce de dédain que l'on professait pour les meubles : *vilis mobilium possessio*. L'incapacité de

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 11 (Locré, t. V, p. 315). Jaubert, Rapport, n° 18 (Locré, t. V, p. 346).

recevoir est aujourd'hui générale, elle comprend les valeurs mobilières aussi bien que les immeubles. Mais la mobilisation des fortunes offre un nouveau danger par la facilité que l'on a de les soustraire à la connaissance du gouvernement. Il y a là une lacune sur laquelle nous appelons l'attention de tous ceux qui combattent pour le droit contre la fraude.

192. Le principe établi par le code est que les personnes dites civiles ne sont capables de recevoir qu'avec l'autorisation du gouvernement. Ainsi les établissements d'utilité publique sont frappés d'une double incapacité : pour recevoir, il faut d'abord qu'ils existent, qu'ils aient reçu ce que la doctrine nomme la personnification civile; puis ils ont besoin, pour chaque libéralité qui leur est faite, d'une autorisation du gouvernement. La première condition donne lieu à une difficulté sur laquelle il y a quelque hésitation dans la doctrine et dans la jurisprudence. On suppose que l'établissement au profit duquel un legs est fait n'existe pas encore au moment du décès du testateur, c'est-à-dire qu'il n'a pas obtenu la reconnaissance qui constitue sa personnification. S'il n'existe pas même de fait, on est d'accord pour décider qu'il est radicalement incapable. En effet, on peut comparer un établissement qui n'existe ni de droit ni de fait à l'enfant non conçu que l'article 906 déclare incapable de recevoir; c'est le néant, et l'on ne donne pas au néant. En est-il de même lorsque l'établissement existait déjà de fait lors de l'ouverture du legs, mais qu'il n'a été reconnu que plus tard? La cour de cassation ne fait aucune distinction entre les deux hypothèses, et avec raison. Pour être capable de recevoir, il faut exister lors du décès du testateur; or, les établissements publics n'existent que par la reconnaissance légale qui en est faite par l'autorité compétente; jusque-là, malgré leur existence de fait, c'est, aux yeux de la loi, un non-être, le néant; ce qui décide la question (1).

(1) Rejet, 12 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 218); 17 février 1864 (Dalloz, 1865, 1, 83); Rejet de la chambre civile, 14 août 1866 (Dalloz, 1867, 1, 110). Il y a des décisions du conseil d'Etat dans le même sens (Vuillefroy, *De l'administration du culte catholique*, p. 277, note *a*).

On fait de singulières objections contre cette doctrine. L'établissement qui existe de fait doit être assimilé, dit-on, à l'enfant conçu (1). Comment un jurisconsulte peut-il comparer un être réel qui vit à un être fictif qui n'a qu'une existence fictive, laquelle fiction ne peut produire d'effet que du moment où elle est consacrée par l'autorité compétente? Puis, la disposition qui permet à l'enfant conçu de recevoir est elle-même une fiction; et qui ne sait que les fictions ne s'étendent pas? Nous croyons inutile d'insister.

On dit encore que la reconnaissance ou la personnification ne fait que déclarer l'existence; que par conséquent elle rétroagit au jour où l'établissement existait de fait. L'objection est une hérésie juridique. La personnification est une fiction, et comment une fiction rétroagirait-elle? Ce serait une nouvelle fiction, et une fiction étrange supposant la vie légale à un moment où aucun acte légal n'est encore intervenu. Pour que l'on pût admettre une pareille fiction il faudrait un texte formel, et où est ce texte? Il est vrai que parfois les décrets qui accordent la personnification autorisent l'établissement à accepter les libéralités qui lui auraient été faites avant la reconnaissance. Mais ces clauses ne dérogent jamais aux droits des tiers, leurs droits sont toujours réservés; la réserve n'a pas même besoin d'être écrite dans l'acte, elle est sous-entendue. Or, n'y a-t-il pas, dans l'espèce, des tiers qui ont un droit acquis sur les biens donnés? Si, lors du décès du testateur, le légataire n'existe point, que deviennent les biens légués? Ils restent dans la succession *ab intestat*, et sont, à ce titre, la propriété des héritiers légitimes : par quel renversement de principes un propriétaire serait-il dépouillé de ce qui lui appartient, par une personnification postérieure à l'acquisition qu'il a faite en vertu de la loi?

On a imaginé un autre moyen de satisfaire à la loi tout ensemble et à l'intérêt des congrégations religieuses non reconnues, car c'est surtout de celles-ci qu'il s'agit. Le testateur lègue sous la condition que la congrégation sera reconnue conformément à la loi. Troplong, qui approuve

(1) Jacquier, *Des congrégations religieuses*, p. 251 et suiv.

cet expédient(1), oublie qu'il a enseigné le contraire quand il s'agit d'un enfant non conçu; on ne peut pas, selon lui, léguer à un enfant sous la condition, s'il naît. L'article 906 est un argument invincible contre la validité d'un pareil legs, car c'est un legs fait au néant. Mais il faut être logique; si le legs fait sous condition à un enfant non conçu est nul, l'on en doit dire autant du legs fait sous condition à un établissement non reconnu; c'est le néant dans un cas comme dans l'autre. Telle est aussi l'opinion généralement suivie (2).

193. Il ne faut pas confondre avec la question que nous venons de discuter une autre hypothèse qui en diffère grandement, bien qu'il y ait une apparente analogie. Dans l'ancien droit, Furgole enseignait que les libéralités faites en faveur de corps non autorisés étaient nulles et comme non écrites, à cause de l'incapacité actuelle du légataire; mais, dit-il, si je fais un don pour servir à la fondation d'un établissement, la libéralité sera valable(3). Ricard professait la même doctrine, et il en dit la raison. Un don ou un legs est fait pour l'établissement d'un monastère; la libéralité est valable, et cependant le monastère n'existe pas au moment où la libéralité s'ouvre. Pourquoi est-elle valable? Ricard répond : « Il serait impossible autrement d'ériger de nouveaux monastères, parce qu'on ne souffre pas qu'il s'en fasse s'ils ne sont précédés d'une fondation; et il s'observe même que l'acte de fondation s'attache sous le contre-scel des lettres patentes pour en faciliter l'obtention (4). » Ainsi la libéralité était valable comme préliminaire requis pour la personnification. Rien de plus légitime. On ne pouvait pas objecter que l'on donnait à un incapable, car, sous l'ancien régime, les divers monastères dépendaient du chef de l'ordre; une fois reconnus, les ordres étaient capables de recevoir; le don ne s'adressait donc pas au néant. Dans

(1) Troplong, t. II, n° 612 (t. I de l'édition belge, p. 210).
(2) Aubry et Rau, t. V, § 649, note 6, p. 432. Demolombe, t. XVIII, p. 612, n° 588; Trochon, *Régime des communautés religieuses*, p. 210.
(3) Furgole, *Des testaments*, chap. VI, sect. I, n° 37 (t. I, p. 328).
(4) Ricard, *Donations*, 1re partie, chap. III, sect. XIII, n° 613.

notre droit moderne, il n'en serait plus de même pour les congrégations hospitalières, les seules qui puissent obtenir la personnification; il n'y a plus d'ordres religieux, ils sont et ils restent supprimés; il n'y a plus que des établissements particuliers auxquels le gouvernement peut accorder la personnification; jusqu'à ce qu'il l'ait donnée, l'établissement n'existe pas, et il n'y a personne pour le représenter; dès lors il y a incapacité absolue de recevoir. Mais le cas prévu par Furgole et Ricard s'est présenté pour les fondations d'hospices. Un don est fait pour l'érection d'un hospice d'aveugles; dira-t-on que le don est nul, parce qu'il s'adresse à un non-être? Ce serait très-mal raisonner. La libéralité se fait en réalité pour une certaine catégorie de pauvres; ce qui est très-licite, d'après l'article 910. Reste à savoir si les légataires ont un représentant légal qui puisse accepter la libéralité. L'affirmative n'est pas douteuse. Là où il existe une commission d'hospices, c'est elle qui acceptera le don. S'il n'y en a pas, la commune acceptera, car les hospices ne sont qu'une délégation de l'autorité communale, et le délégant a certes qualité pour exercer les fonctions qu'il a le droit de déléguer. Il y a quelque difficulté sur ce point; nous y reviendrons en traitant de l'autorisation (n[os] 226-228). Mais le principe n'est pas douteux (1). De même on peut donner ou léguer pour créer une bibliothèque, une école, une salle d'asile, sans que l'on puisse objecter que l'on donne au néant : on donne à l'établissement public chargé du service auquel se rapporte la fondation (2).

Troplong a donc tort d'invoquer l'ancien droit à l'appui de l'opinion qu'il enseigne sur la validité des libéralités conditionnelles faites à des établissements non reconnus. Autre chose est de créer un établissement en faisant la libéralité à un corps capable de la recevoir, autre chose est de gratifier un établissement qui n'existe pas et qui n'a aucun représentant légal. Dans le premier cas, la

(1) Bruxelles, 11 août 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 388).

(2) Rejet, 7 novembre 1859 (Dalloz, 1859, 1, 444); Rejet de la chambre civile, 2 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 265). Comparez Aubry et Rau, t. V, § 649, p. 432; Demolombe, t. XVIII, p. 615, n° 590.

libéralité ne s'adresse pas au néant, et elle a une cause licite : la création d'un établissement que la loi permet de reconnaître. Dans le second cas, la libéralité s'adresse à un non-être, par cela même elle manque de cause licite; et le plus souvent elle favoriserait la fraude à la loi, en gratifiant des congrégations que la loi ne reconnaît pas. Vainement dira-t-on que le don est conditionnel; le don conditionnel, aussi bien que le don pur et simple, suppose un être capable de recevoir, et permettre de donner à un incapable sous la condition qu'il deviendra capable, c'est prêter la main à la fraude, contre laquelle il faut toujours se tenir en garde quand il s'agit de corporations non reconnues.

194. On demande si le testateur peut léguer sous la condition imposée au légataire d'exécuter certaines charges en faveur d'un établissement non autorisé. La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative(1). Les auteurs sont divisés (2). A notre avis, la négative est certaine. Un établissement non reconnu, c'est le néant, et le néant ne peut recevoir, pas plus indirectement que directement. La cour de cassation avoue qu'une association non encore reconnue au décès du testateur ne peut recueillir le legs qui aurait été fait directement en sa faveur. Mais aucune loi, dit-elle, ne s'oppose à ce que, une fois autorisée, elle puisse réclamer l'exécution d'une charge imposée, à son profit, à un légataire capable sous la condition *exprimée* ou *sous-entendue* que la charge n'aura d'effet qu'à partir du moment où la société aura acquis une existence légale. Aucune loi ne s'y oppose! Et qu'est-ce donc que l'article 906 qui déclare incapable de recevoir, d'une manière absolue, celui qui n'existe pas? La distinction que la cour fait entre la *charge* et le *legs* est contraire à tout principe; recevoir sous le nom de charge, n'est-ce pas recevoir? Donc c'est un legs indirect. Qu'importe à la congrégation non autorisée

(1) Rejet, 21 juin 1870 (Dalloz, 1871, 1, 97).

(2) Coin-Delisle (*Donations*, p. 97, art. 906, n° 6) et Demolombe (t. XVIII, n°s 582 et 590, p. 608 et 615) se prononcent pour la validité de la charge. Voyez, dans le sens de notre opinion, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 475, note *b* du n° 99; Bertauld, dans le Recueil périodique de Dalloz, 1869, 2, 225, note.

qu'on lui donne à titre de charge ou à titre de legs, pourvu qu'elle reçoive? Or, elle ne peut recevoir. Nous disons que la mission du jurisconsulte, alors que la fraude est à l'ordre du jour, est de maintenir le droit. Et voilà que la cour de cassation donne en quelque sorte une leçon de fraude! Elle dit au testateur qui veut gratifier un établissement non reconnu : « Vous ne pouvez donner 100,000 francs à titre de legs; mais vous pouvez très-bien charger votre héritier de remettre ces 100,000 francs sous le nom de charge, à condition que l'établissement que vous voulez gratifier soit reconnu; et pour faciliter ce moyen d'éluder la loi, nous posons en principe que la condition de la reconnaissance est sous-entendue. Si la charge est exécutée, la congrégation pourra se passer de personnification; si le légataire s'y refuse, elle demandera la reconnaissance. » Voilà à quoi aboutit la jurisprudence de la cour de cassation.

On objecte que si l'on peut léguer pour fonder un établissement, on doit aussi avoir le droit de léguer pour donner à un établissement. C'est le seul argument juridique que nous ayons trouvé dans ce débat. Nous y avons répondu d'avance. Quand on fait une fondation, on n'entend certes pas donner à un établissement non reconnu, puisqu'il s'agit de le créer. On donne à la commune ou à la commission des hospices. Impossible, dans ce cas, de frauder la loi; le legs ne peut recevoir d'exécution tant que la commune ou la commission des hospices n'aura pas été autorisée à l'accepter. Tout se passe légalement. Lorsque, au contraire, on donne, sous forme de charge, à un établissement non reconnu, on fait indirectement, sous forme de charge, ce qu'il est défendu de faire directement : première fraude à la loi, et partant première illégalité. De plus on tentera d'éluder la loi qui exige la reconnaissance, en faisant un legs à un établissement non autorisé, sous la condition expresse ou sous-entendue de la personnification. Il n'y a qu'un moyen d'arrêter la fraude, c'est de dire aux héritiers : Toute libéralité au profit d'un établissement non reconnu est nulle, conditionnelle ou non; legs ou charge, vous n'êtes pas tenus de

l'exécuter, alors même que la personnification serait accordée : tout est nul d'une nullité radicale.

193. Le legs fait aux congrégations hospitalières donne lieu à une difficulté spéciale. Ces congrégations ont une maison mère et des maisons succursales. Si un don est fait à une succursale non reconnue, sera-t-il valable comme étant censé fait à la congrégation ou à la maison mère? La cour de cassation s'est trouvée en désaccord sur cette question avec deux cours d'appel. Voici l'espèce. Un conseiller de la cour de Douai lègue à la maison des Dames de la charité d'Arras la nue propriété des biens immobiliers et rentes qu'il possédait à Lilliers. Sa succession s'ouvre le 29 janvier 1843. La maison d'Arras était-elle capable, à ce moment, de recueillir le legs? Elle ne fut reconnue qu'en 1847; l'ordonnance porte que la congrégation des sœurs de la charité de Saint-Vincent-de-Paul est autorisée à fonder à Arras un établissement de son ordre. La cour de Douai en conclut que, lors de l'ouverture de la succession, la maison d'Arras était incapable, la reconnaissance de 1847 n'ayant pu lui donner la qualité de personne civile rétroactivement. On objectait que le décret du 8 novembre 1809 avait conféré l'existence civile à tous les établissements des sœurs de charité qui au moment de sa promulgation existaient en fait; or, la maison d'Arras comptait sept sœurs avant le décret. L'arrêt répond que le décret de 1809 n'est applicable qu'à la communauté religieuse de la maison mère établie à Paris. En effet, le décret du 8 novembre a été pris en exécution de celui du 18 février 1809; c'est ce dernier décret qui est la charte des congrégations hospitalières; et que dit-il? L'article 2 veut que les statuts de *chaque* congrégation ou maison séparée soient approuvés par l'empereur. Cela décide la question. *Chaque maison*, quoique formant, au point de vue religieux, un membre de la corporation, a une existence civile à part, et n'existe par conséquent aux yeux de la loi qu'à partir de la personnification qui lui est accordée. Prétendre que le décret particulier pris en exécution du décret général avait reconnu l'existence civile à tous les établissements existants, c'était soutenir

que le décret du 8 novembre avait dérogé à celui du 22 février; ce qui n'est pas admissible. Il y a plus; il est de l'essence de la personnification qu'elle soit accordée à des établissements déterminés, et pour des motifs d'utilité spéciale. Conçoit-on que le législateur ou le gouvernement reconnaisse en masse et en bloc des établissements dont il ignore peut-être l'existence, et sans constater leur utilité?

Sur le pourvoi en cassation, l'arrêt de la cour de Douai fut cassé. Il faut se défier des décisions judiciaires quand il y a des congrégations en cause : Dieu sait quelles influences secrètes agissent sur les magistrats et aveuglent leur conscience! L'arrêt de la cour de cassation est d'une faiblesse extrême. On y lit que les religieuses d'Arras, détachées de la maison mère conformément au but de leur institut et aux prescriptions de leur *saint fondateur*, ne forment pas, par le seul fait de leur résidence, même prolongée, dans la ville d'Arras, un établissement particulier; qu'elles sont restées membres de la congrégation mère. Jusqu'ici l'arrêt est irréprochable, il parle le langage de la théologie; mais il ajoute que les membres détachés continuent à *participer de la vie civile* de la congrégation. Ici l'orthodoxie catholique devient une hérésie juridique : est-ce que les membres d'une congrégation reconnue participent à la vie civile de la congrégation? La fiction de la personnification profite uniquement à la maison reconnue, elle est complétement étrangère à ses membres; les religieuses établies à Arras n'avaient donc aucune existence civile distincte de leur personnalité réelle; la proposition contraire est un non-sens. C'est cependant ce non-sens qui fait la base de l'arrêt. La cour continue : « Le legs adressé aux religieuses d'Arras, en leur qualité de sœurs de la charité, n'était donc en réalité qu'un legs fait à la communauté même. » Nouvelle hérésie! Est-ce que les religieuses ont qualité pour représenter civilement la congrégation à laquelle elles appartiennent? La personnification est une fiction; cette fiction ne profite qu'au corps moral auquel elle est accordée, ses membres ne peuvent pas la transporter avec eux, par

l'excellente raison qu'elle leur est étrangère. Nous arrivons à la conclusion, qui est aussi singulière que l'argumentation. Le legs fait aux sœurs d'Arras est censé fait à la communauté ; donc il suffisait, pour la validité du legs, que la communauté fût régulièrement autorisée et que le legs fût accepté par la supérieure générale (1). Cette décision est en opposition avec le décret de 1809, en opposition avec la volonté du testateur. D'après le décret, *chaque maison* forme un établissement séparé, une personne à part ; donc la supérieure de chaque maison doit accepter les libéralités qui lui sont faites. Et, dans l'espèce, à qui s'adressait le legs? Est-ce à la maison mère de Paris? Non. Est-ce à la congrégation des sœurs de la charité de Saint-Vincent-de-Paul? Non. C'est à la maison des Dames de la charité d'Arras. Donc le legs était fait au profit d'un établissement particulier; partant cet établissement avait seul qualité pour le recevoir.

L'affaire fut renvoyée devant la cour d'Amiens, qui jugea dans le même sens que la cour de Douai, et en reproduisant les mêmes motifs. Elle ajoute que les prétentions des sœurs étaient en contradiction avec leurs propres actes. La cour de cassation prétendait que le legs avait été régulièrement accepté par la supérieure générale : système inventé après coup pour valider un legs nul. Si l'acceptation de la supérieure générale suffisait, pourquoi les religieuses d'Arras avaient-elles sollicité et obtenu une ordonnance qui leur accordait la personnification? C'est que cette ordonnance était requise par le décret de 1809 pour que la maison d'Arras eût une existence légale. Et du moment qu'elle existait légalement, elle seule avait qualité pour accepter les legs qui lui étaient faits; mais comment accepter, en vertu d'une ordonnance de 1847, un legs ouvert en 1843? Voilà donc la supérieure obligée de répudier l'ordonnance de 1847, et d'accepter en vertu du décret de 1809. Mais le décret de 1809 n'autorisait que la maison mère. La supérieure acceptait donc sans qualité; partant son acceptation était nulle.

(1) Douai, 18 juin 1851, et Cassation, 6 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 122).

L'arrêt de la cour d'Amiens fut déféré à la cour suprême; celle-ci, chambres réunies, maintint sa première décision. Il est inutile de nous arrêter au dernier arrêt, c'est la paraphrase du premier. La cour ne répond rien aux raisons, décisives suivant nous, que la cour d'Amiens avait fait valoir, ainsi que la cour de Douai (1). La plupart des auteurs se sont rangés de l'avis de la cour de cassation (2), ainsi que la cour de Paris (3).

Ce dernier arrêt n'a aucune valeur doctrinale; il se fonde uniquement sur l'intention de la testatrice; il nous semble qu'avant d'examiner ce que la testatrice avait voulu faire, il fallait voir ce qu'elle avait le droit de faire. Dans l'espèce, elle léguait 10,000 fr. aux petites sœurs des pauvres de la rue de Breteuil à Paris. Il était difficile de préciser davantage. Néanmoins pour valider le legs, la maison de Paris n'étant pas reconnue lors du décès de la testatrice, la cour interprète son legs en ce sens qu'elle a voulu donner à la maison mère établie à Rennes!

196. Il se présente encore une question, très-douteuse à notre avis, dans cette difficile matière. On demande si les établissements d'utilité publique étrangers ont qualité pour recevoir des dons et legs de biens meubles ou immeubles situés en Belgique. Le conseil d'Etat de France s'est prononcé pour l'affirmative (4); et le fait est d'accord avec cette jurisprudence; les hospices belges possèdent des biens en France et dans les Pays-Bas, et les hospices étrangers possèdent des biens en Belgique. Il y a une question préjudicielle que le conseil d'Etat n'a pas examinée. Les établissements publics jouissent-ils de la personnification civile à l'étranger? Nous avons décidé la question négativement (5); et au point de vue des principes, elle ne nous paraît pas même douteuse; il faudrait

(1) Arrêt des chambres réunies du 17 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 279).

(2) Troplong, cela va sans dire, c'est sous sa présidence que les deux arrêts de la cour de cassation ont été rendus. Aubry et Rau, t. V, p. 431, note 7 du § 649; Demolombe, t. XVIII, p. 612, n° 587. En sens contraire, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 36, note 10.

(3) Paris, 11 mars 1865 (Dalloz, 1865, 2, 228).

(4) Avis du conseil d'Etat du 12 janvier 1854 (Dalloz, 1856, 3, 16) et du 17 janvier 1823 (Vuillefroy, *Culte catholique*, p. 278, note *a*).

(5) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 398, n° 306.

une loi ou un traité pour qu'une fiction légale eût quelque empire en dehors du pays dans lequel elle est reconnue. Le conseil d'Etat base sa décision sur la loi de 1819, qui déclare tout étranger capable de recevoir des biens situés en France. Nous admettons volontiers que les personnes dites civiles peuvent invoquer le bénéfice de cette loi, mais à une condition, c'est que les personnes civiles soient reconnues comme telles en France.

Si l'on admet, avec le conseil d'Etat, que les établissements d'utilité publique régulièrement reconnus à l'étranger sont capables de recevoir en France, il va sans dire que l'article 910 leur est applicable. L'autorisation est requise dans l'intérêt des familles et dans l'intérêt de l'Etat. Quand même le testateur n'aurait pas de parents en France, resterait toujours l'intérêt majeur de l'Etat; la mainmorte n'est pas favorable, elle ne l'est surtout pas quand l'établissement qui réclame le legs est étranger; il n'y a alors d'autre utilité pour la France que celle d'obtenir la réciprocité pour ses établissements, quant aux dons qui leur seraient faits à l'étranger. C'est à l'Etat à voir quel intérêt doit l'emporter. Il y a un cas dans lequel le conseil d'Etat décide qu'il n'y a pas lieu de demander l'autorisation du gouvernement; c'est quand la libéralité consistant en valeurs mobilières est faite par un étranger à un établissement étranger; les nationaux ne sont pas intéressés, puisque le testateur et ses héritiers sont étrangers, et le gouvernement ne l'est pas, puisque aucune partie du territoire n'est frappée de mainmorte (1). Nous préférerions l'application de l'article 910; la loi ne distingue pas entre les valeurs mobilières et les valeurs immobilières, quand il s'agit d'un établissement national; donc il n'y a pas lieu de faire cette distinction en faveur des établissements étrangers.

II. *Quelles sont les personnes civiles capables de recevoir.*

197. L'article 910 ne parle que des établissements d'utilité publique reconnus comme tels et, à ce titre, ca-

(1) Avis du conseil d'Etat du 4 novembre 1835 (Vuillefroy, *Culte catholique*, p. 279).

pables de recevoir. Nous avons dit qu'il consacre une incapacité de recevoir plutôt que la capacité (nº 187). Il nous faut voir maintenant en quel sens ces établissements deviennent capables. C'est une capacité spéciale et exceptionnelle. L'homme a une capacité générale, illimitée, parce que sa mission est indéfinie, elle comprend le champ immense du développement matériel, intellectuel et moral. Ajoutez à cela la liberté humaine qui, à ce point de vue, est également sans limites; car l'homme peut faire des facultés dont Dieu l'a doué tel usage qu'il veut. Lors donc qu'il reçoit une libéralité, ce n'est pas pour une destination particulière qui limite sa capacité; il l'emploie à sa guise, il est toujours capable. Il en est tout autrement des établissements d'utilité publique. Si le code leur donne ce nom, au lieu de se servir de l'expression de personne civile, c'est pour marquer que ces établissements ont une destination spéciale, laquelle limite strictement leur capacité. C'est la loi qui crée ces établissements, en les chargeant d'un service public; pour remplir cette mission, ils doivent être capables de posséder, et il leur faut des biens; la loi leur permet d'en acquérir à titre gratuit. Ces biens sont affectés à la même destination qui constitue la mission de l'établissement. C'est dire qu'il ne peut recevoir de dons qu'en vue du service public dont il est chargé, et à raison duquel on le considère comme personne civile. Il ne pourrait recevoir pour une autre destination, car ce serait recevoir pour un service imposé à un autre établissement. Ce principe, si souvent méconnu par les testateurs ou donateurs, par l'administration et même par les tribunaux, résulte de la notion même de la personne civile. C'est une fiction qui a pour raison d'être un service déterminé en vue duquel la fiction est établie. Or, il est de l'essence des fictions d'être circonscrites dans les limites que la loi leur trace; les êtres fictifs que l'on appelle personnes civiles n'ont d'existence légale que dans les limites du service dont ils sont chargés; en dehors de ce service, ils n'existent plus; dès lors ils sont radicalement incapables de recevoir.

Nous disons que ce principe, très-élémentaire, est sou-

vent méconnu. Les corporations sont envahissantes de leur nature; elles étendent volontiers le cercle de leur action au delà des bornes que la loi leur a tracées; les congrégations religieuses surtout ne connaissent pas de limite à leur ambition, comme toutes les institutions qui tiennent de près ou de loin à l'Eglise. Les donateurs, dont la conscience est rarement éclairée, prêtent la main à ces envahissements. Puis vient l'ignorance qui joue un grand rôle dans les choses humaines. Les officiers publics qui rédigent les actes, et même leurs conseils, ignorent le plus souvent les plus simples notions de droit administratif. Le mot de *personne civile*, dont ils sont habitués à se servir, aide à les induire en erreur; on s'imagine que les personnes civiles sont de vraies personnes et en ont tous les droits, tandis que, en réalité, elles n'ont aucun droit; ce n'est pas la personne civile que le donateur gratifie, c'est le service public auquel elle préside; l'établissement public, improprement appelé personne, n'a qu'un service à faire, c'est-à-dire qu'il a des obligations, des charges; ce qu'on appelle ses droits ne sont que des moyens dont la loi l'investit pour qu'il puisse accomplir sa mission. Il est évident que l'ambition des corporations et la complicité ou l'ignorance des donateurs ne sauraient modifier les principes qui les régissent. Vainement le donateur gratifierait-il un établissement pour un service dont il n'est pas chargé, il ne peut pas donner à l'établissement une capacité que celui-ci n'a point; car ce serait créer une personne civile, et la loi seule a ce pouvoir. Puisque c'est pour un service public que la libéralité est faite, c'est ce service qui doit en profiter. Il faut donc faire abstraction de l'erreur du disposant et, à plus forte raison, de la fraude : la libéralité sera attribuée à l'établissement qui préside au service dans l'intérêt duquel elle a été faite. C'est donner à la volonté du disposant tout l'effet qu'elle peut avoir légalement; il a voulu gratifier un service public, c'est ce service qui profitera de son don(1).

(1) Avis du conseil d'Etat du 15 janvier 1837 (Vuillefroy, *Du culte catholique*, p. 287, note *b*). Circulaire du ministre de la justice, M. de Haussy, du 10 avril 1849. (Recueil des circulaires du ministère de la justice, 1849, p. 274.

198. Il importe donc, avant tout, de connaître les divers services dans l'intérêt desquels se font les libéralités. Comme nous n'écrivons pas un ouvrage de droit administratif, nous ne pouvons entrer dans tous les détails de la matière. Il n'y a point de service public qui n'ait son organe légal, et qui par conséquent ne puisse recevoir à titre gratuit. Mais, en fait, les libéralités ne se font que pour un très-petit nombre de services : ce sont l'instruction, la charité et le culte. Nous plaçons l'instruction en première ligne, parce que c'est à beaucoup près le service le plus important; malheureusement c'est celui que les personnes charitables comprennent le moins. Elles ne connaissent que la bienfaisance; or, trop souvent l'aumône dégrade celui qui la reçoit, et tout en soulageant des misères individuelles, elle perpétue et étend la misère générale. Il a été dit que l'homme ne vit pas seulement de pain, c'est la raison, c'est l'âme qui constituent son essence; la charité qui s'adresse aux facultés intellectuelles et morales de l'homme, voilà la vraie charité : instruisez et moralisez les classes ouvrières, et vous pourrez vous passer de l'aumône. Nous avons un motif particulier pour nous occuper d'abord des dons faits pour l'instruction, c'est qu'il y a une loi spéciale sur la matière, celle du 24 décembre 1864. Les principes qu'elle établit pour un service particulier reçoivent leur application à tous les services, sauf les différences résultant de l'organisation différente des divers services publics.

A) *Des libéralités faites pour l'enseignement* (1).

1. DES FONDATIONS POUR LES ÉCOLES.

199. Le chapitre Ier de la loi de 1864 traite des fondations en faveur de l'enseignement *public*. Pourquoi la loi est-elle conçue dans ces termes restrictifs? Il y a, en Belgique, un enseignement *public* et un enseignement

(1) *Documents parlementaires et discussions concernant la révision de la législation sur les fondations d'instruction publique,* 2 vol. in-8°. Bruxelles, 1865.

libre. La constitution proclame la liberté absolue de l'enseignement en interdisant toute mesure préventive, par conséquent toute garantie de capacité et de moralité. L'article 17 ajoute que l'instruction donnée aux frais de l'Etat est réglée par la loi; c'est l'enseignement public. Il va sans dire que des libéralités peuvent être faites au profit de l'enseignement public; le droit commun permet de faire des dons aux établissements chargés d'un service public; et certes le plus important de tous les services, c'est l'enseignement, pain de vie de l'intelligence. Le législateur a cru devoir consacrer ce principe, sans doute pour appeler l'attention des personnes bienfaisantes sur l'instruction. On lit dans la loi du 11 floréal an x (art. 43): « Le gouvernement autorisera l'acceptation des dons et fondations des particuliers en faveur des écoles ou de tout autre établissement d'instruction publique. Le nom des donateurs sera inscrit à perpétuité dans les lieux auxquels leurs donations seront appliquées. » La loi belge de 1864 ne pose pas de principe général; elle se borne à décider, comme nous allons le dire, en faveur de quel établissement les libéralités concernant l'enseignement sont réputées faites.

Le silence de la loi implique qu'il ne peut être fait de libéralités au profit de l'enseignement libre. Ce principe est encore de droit commun, et il a été proclamé comme tel dans le rapport de la section centrale de la Chambre des représentants. « La défense de faire des libéralités au profit de l'enseignement privé se justifie par les notions les plus élémentaires du droit public. Ne peuvent recevoir des libéralités que les personnes capables, c'est-à-dire les individus et les êtres moraux auxquels une fiction légale attribue la capacité des personnes naturelles. Pour que les écoles privées pussent recevoir des dons et des legs, il faudrait donc que la loi leur reconnût la qualité de personnes civiles. » C'est ce que le législateur belge, malgré sa prédilection pour l'enseignement libre, s'est bien gardé de faire. Ne peut-il pas se trouver des établissements privés dont l'enseignement soit mauvais et dangereux? Les fondations, perpétuelles de leur nature, auraient donc

pour résultat de perpétuer des institutions qui seraient un danger permanent pour la société (1)! Il y a plus; les fondations au profit de l'enseignement privé sont incompatibles avec la liberté illimitée dont les écoles libres jouissent en Belgique. Elles ne peuvent pas même être inspectées; or, l'effet nécessaire des fondations serait de les soumettre au contrôle et à la surveillance de l'autorité publique, seul moyen de vérifier l'emploi des revenus de la fondation et leur affectation à la destination que le fondateur leur a donnée (2).

200. L'enseignement public a ses organes légaux qui le dirigent : la commune, la province et l'Etat. C'est à ces organes que les libéralités doivent être faites. Il nous faut donc voir quelles sont les attributions de la commune, de la province et de l'Etat en matière d'instruction.

La commune est chargée de l'enseignement primaire. D'après la loi du 23 septembre 1842, il doit y avoir, dans chaque commune, au moins une école primaire. La commune est tenue de procurer l'instruction gratuite à tous les enfants pauvres. C'est le conseil communal qui nomme les instituteurs, et c'est l'autorité communale qui exerce la surveillance des écoles, quant à l'administration et à l'instruction. Par application de ces principes, la loi de 1864 décide que les libéralités en faveur de l'enseignement primaire d'une commune sont réputées faites à la commune (art. 1). Il se peut que le donateur veuille gratifier l'enseignement primaire d'une province; dans ce cas, la libéralité est réputée faite à la province, de même qu'elle est réputée faite à l'Etat quand le donateur a voulu faire une fondation au profit de l'enseignement primaire du pays (art. 2, 3). La province et l'Etat reçoivent, en ce cas, la libéralité, bien qu'ils ne soient pas chargés du service de l'enseignement primaire, comme représentants des communes d'une province ou des communes du royaume. Il y a une légère difficulté lorsque la libéralité est faite en termes généraux, en faveur de l'enseignement pri-

(1) Bara, Rapport (*Documents*, t. I, p. 47 et suiv.).
(2) Rapport de Gheldolf au Sénat (*Documents*, t. II, p. 218).

maire, sans autre indication ni désignation; on demande à qui il faut l'attribuer? C'est une question d'intention. La loi décide qu'elle sera réputée faite au profit de la commune; il faut entendre la commune où le testateur réside, présomption fondée sur la probabilité; l'homme ne s'attache qu'à ce qui le touche de près, à ce qu'il voit, à ce qu'il connaît; il est rare que ses sympathies s'étendent au delà. Toutefois ce n'est qu'une simple présomption; les circonstances, la nature de la disposition peuvent révéler une intention contraire; dans ce cas, la libéralité sera attribuée à la province ou à l'Etat (art. 4 et 11).

Ces difficultés n'existent, hélas! qu'en théorie. Lors de la discussion de la loi de 1864, il a été dit que l'on ne ferait pas de libéralités au profit de l'enseignement public. Il ne fallait pas être prophète pour faire cette prédiction. Les testateurs, il faut l'avouer, font des libéralités par esprit de calcul, pour le bien de leur âme, c'est-à-dire qu'ils achètent le ciel; c'est un marché qu'ils font avec Dieu, ou avec ceux qui se disent ses organes. Or, l'Etat, la province et la commune n'ont pas de ciel à vendre; voilà pourquoi on ne leur fait guère de legs. Est-ce à dire que la loi de 1864 est une lettre morte? Pour le moment, oui; mais la loi s'adresse à l'avenir; le législateur a bien fait d'ouvrir une voie nouvelle à la charité. Reste à apprendre aux classes riches quels sont leurs devoirs. Ceci est l'œuvre des siècles, car il s'agit de changer la direction morale des nouvelles générations. Le jour viendra où le salut cessera d'être une spéculation; les hommes comprendront que le seul moyen de faire leur salut c'est de remplir leurs devoirs; et l'un des devoirs qui incombent aux classes riches n'est-il pas de travailler à l'amélioration de la condition matérielle, intellectuelle et morale des classes les plus nombreuses et les plus pauvres?

201. L'enseignement moyen se donne dans les athénées, les colléges, les écoles dites moyennes et les écoles professionnelles, industrielles ou commerciales. Qui est chargé de diriger ces établissements? La loi du 1er juin 1850 sur l'enseignement moyen porte que les établissements d'instruction moyenne dépendent soit du gouver-

tante de Dour une somme de cinq mille francs, pour être administrée par le pasteur de ladite église. L'arrêté royal autorisa le conseil communal de Dour à accepter le legs, sauf à attribuer les revenus de la somme léguée à l'école que la testatrice voulait gratifier, si elle réunissait les conditions exigées par la loi du 23 septembre 1842 (1). Si l'école, comme l'arrêté le suppose, était un établissement communal, il n'y avait aucun doute; la libéralité devait être recueillie par la commune, la testatrice s'était trompée en désignant le pasteur comme administrateur du legs, le conseil communal étant le seul représentant légal de l'enseignement primaire public. Mais s'il s'était agi d'une école libre établie par un pasteur, le legs aurait été nul, puisqu'on ne peut pas faire de libéralité pour l'enseignement libre. On ne pourrait pas attribuer un legs pareil à la commune, en vertu de l'article 900; car le legs fait à un incapable est frappé de nullité : il ne peut profiter à l'école libre, puisqu'elle est incapable de recevoir; il ne peut profiter à la commune, puisqu'il n'est pas fait à l'enseignement public.

Il en serait autrement si le legs était fait au profit des enfants pauvres de la commune. Un testateur lègue la nue propriété de ses immeubles au bureau de bienfaisance, à la charge de faire donner l'instruction aux enfants pauvres de la commune; les enfants devaient être choisis par le curé, le bourgmestre et l'instituteur. Prévoyant que cette institution d'administrateurs spéciaux pourrait ne pas être approuvée, le testateur ajoutait qu'il entendait que le legs fût exécuté conformément aux lois en vigueur au jour de son décès; il manifestait seulement le désir que l'on eût égard au choix d'administrateurs spéciaux qu'il avait fait. Ce legs était très-régulier; le bureau de bienfaisance fut autorisé à l'accepter (2), mais la condition ou le désir de respecter le choix des administrateurs désignés par le testateur ne pouvait être validé, parce que la loi du 3 juin 1859 n'autorise pas la nomination d'admi-

(1) Arrêté du 19 avril 1860 (Circulaires du ministère de la justice, 1860, p. 620).

(2) Arrêté du 3 avril 1860 (Circulaires, 1860, p. 616).

nistrateurs spéciaux pour l'enseignement; c'est aux conseils communaux qu'il appartient d'administrer l'instruction gratuite (1).

204. Lors de la discussion de la loi de 1864, il se présentait une question analogue à celle que nous venons de toucher, à l'occasion du legs Verhaegen. Le testateur avait légué à la ville de Bruxelles une somme de 100,000 francs pour favoriser et augmenter le haut enseignement dans la capitale. A qui ce legs s'adressait-il? La réponse ne pouvait guère être douteuse. Dans une brochure écrite en faveur du legs, M. Tielemans, président de la cour de Bruxelles, dit qu'il avoue sans détour que M. Verhaegen a testé en vue de l'université libre, que c'est pour favoriser et augmenter l'enseignement donné par cette université qu'il a donné 100,000 francs à la ville de Bruxelles (2). On pouvait se passer de l'aveu; la chose est évidente. Le legs ainsi interprété était-il valable? Nous ne comprenons pas que la question ait été posée. Où est la différence, au point de vue juridique, entre l'université libre et une école de petits frères? L'une n'existe pas plus que l'autre, aux yeux de la loi; l'une est donc incapable aussi bien que l'autre. Cela encore est évident; on reconnaît qu'un legs fait en faveur de l'université libre serait nul. Mais, dit-on, c'est à la ville de Bruxelles que le legs s'adresse. Oui, et pour cause : le testateur était avocat, et il savait que l'on ne fait pas de legs au profit de l'enseignement libre. Mais est-ce bien la ville de Bruxelles qu'il a voulu gratifier? Non, car son legs a une destination : c'est l'enseignement supérieur, qui se donne à Bruxelles, qu'il a entendu favoriser et augmenter. Quel est cet enseignement? Celui de l'université libre, répond M. Tielemans, et le bon sens le dit aussi. Donc c'est une libéralité au profit de l'enseignement libre, partant nulle.

Voilà la question réduite à ses termes les plus simples; elle n'a pas été décidée par la loi de 1864, car les lois

(1) Voyez, plus loin, en quel sens le bureau de bienfaisance intervient dans les fondations d'instruction (n° 211).

(2) Tielemans, *Etude sur le legs de M. Verhaegen* (Bruxelles, 1863), p. 7.

n'ont pas pour objet de trancher des difficultés particulières; mais le rapporteur de la section centrale l'a résolue en ce sens (1), et pour les esprits non prévenus, la solution n'est pas douteuse. Elle a été obscurcie par les passions politiques; nous regrettons qu'un honorable magistrat se soit mêlé à ce débat. Pour soutenir une cause insoutenable, M. Tielemans a dû recourir à des arguments peu dignes d'un jurisconsulte; puis l'on en est venu à des doctrines réellement extravagantes. Il faut nous y arrêter un instant, ne fût-ce que comme enseignement pour l'avenir. La question est neuve, dit M. Tielemans : elle concerne la capacité des communes. Il s'agit de savoir si les communes ont le droit de faire des dépenses facultatives pour l'enseignement supérieur. L'affirmative ne lui paraît pas douteuse. Cela décide, à son avis, la question du legs Verhaegen. C'est une libéralité faite à la ville de Bruxelles pour l'aider à supporter les dépenses facultatives qui sont inscrites dans son budget en faveur de l'université libre. Nous laissons de côté les dépenses facultatives que les communes peuvent faire; en supposant, ce qui n'est pas notre avis, qu'une commune ait le droit d'inscrire dans son budget un subside pour l'enseignement libre, nous disons qu'autre chose est un subside, autre chose est une donation. Les dépenses facultatives se votent chaque année; il n'en résulte jamais une obligation à charge de la commune. En est-il de même d'une donation avec destination spéciale? Non, car c'est une vraie fondation, bien que le testateur se soit gardé de prononcer ce mot. Est-ce que par hasard un legs comme celui de Verhaegen se discuterait et se voterait chaque année, comme cela se fait pour les dépenses facultatives? La commune légataire serait-elle libre de ne pas employer ce legs à la destination que le testateur lui a assignée, comme elle est libre de ne pas renouveler une dépense facultative? C'est, dit-on, accuser le testateur d'avoir voulu éluder la loi! Oui, en avocat habile, il a voulu la tourner, en essayant de faire indirectement ce qu'il ne lui était pas permis de faire directement.

(1) Bara, Rapport (*Documents*, t. I, p. 51 et suiv.).

Les passions politiques ne reculent devant rien; aucun frein ne les arrête. Pour valider le legs Verhaegen, on a imaginé des théories incroyables (1). Les communes, dit-on, ne doivent pas être confondues avec les établissements publics; elles préexistent à l'Etat, à la loi; ce sont des personnes civiles naturelles qui jouissent des mêmes droits que les individus. Donc elles peuvent user des droits que la constitution assure aux citoyens, et notamment de la liberté d'enseignement. Sans doute, il y a une différence entre un établissement d'utilité publique et une commune, mais la différence ne concerne pas le principe de la personnalité : en dehors des personnes naturelles, il n'y a que des personnes fictives. La commune est donc aussi une personne fictive; et toute personne fictive n'a d'autres droits que ceux que la loi lui attribue. Cela est vrai des communes comme des hospices, seulement la commune a un cercle d'activité bien plus étendu. Est-ce à dire qu'elle puisse faire tout ce qui ne lui est pas défendu? Cette énormité aussi a été soutenue, il est inutile de la discuter, parce qu'elle est en opposition avec la notion même de la personnification civile. La difficulté se réduit à une question de texte. Y a-t-il une loi qui permette aux communes d'intervenir dans l'enseignement supérieur? Non, donc elles n'ont pas ce droit. Qu'a-t-on répondu? Que l'enseignement est, avant tout, un intérêt communal (2). Oui, pour ceux qui ne voient dans l'instruction qu'un intérêt d'argent; non, pour ceux qui considèrent l'enseignement comme le plus grand des intérêts sociaux, celui qui est le but suprême de l'individu, et par conséquent de la société, c'est-à-dire le développement intellectuel et moral de l'homme. Si les communes interviennent dans l'enseignement primaire et moyen, c'est, non en vertu d'un droit qui leur soit naturel, mais parce que la loi leur a délégué cette mission.

Mais à quoi bon continuer cette discussion? Ceux qui

(1) M. Van Humbeeck s'est fait l'organe de cette étrange doctrine, dans la discussion de la loi de 1864 (*Documents*, t. I, p. 291 et suiv.).

(2) M. Alphonse Nothomb, dans la discussion de la loi de 1864 (*Documents*, t. II, p. 3).

placent la commune si haut, ceux qui lui attribuent les mêmes droits qu'aux citoyens, ne voient pas que cette doctrine, tout inouïe qu'elle est, ne leur servirait de rien, quand même on l'admettrait. Une commune établit une université : sera-ce un établissement public? un enseignement public? Non, ce sera l'exercice de la liberté d'enseignement, car l'enseignement public ne peut exister qu'en vertu de la loi. Ce sera donc une université libre. Et une école libre peut-elle recevoir? Non. Si elle ne peut recevoir directement, le peut-elle indirectement? Encore une fois, non. Or, le legs Verhaegen était un legs fait indirectement au profit de l'enseignement libre, donc nul.

205. Il nous reste à dire un mot de l'enseignement religieux. La loi de 1864 porte, article 9 : « Les libéralités au profit de l'enseignement spécial qui se donne dans les grands séminaires, dans les églises paroissiales ou consistoriales sont réputées faites aux séminaires, fabriques d'église ou consistoires. » Cette disposition n'a donné lieu à aucune discussion ; elle nous paraît cependant très-difficile à concilier avec le principe fondamental de la loi. Qu'est-ce, sous l'empire de notre constitution, que l'enseignement qui se donne dans les séminaires et dans les églises? Un enseignement libre, en ce sens que l'Etat n'y intervient, ni pour le diriger, ni pour l'inspecter, ni pour le contrôler. Sous le régime du concordat, les séminaires étaient des établissements publics, capables, comme tels, de recevoir. Mais à quelles conditions? On lit dans les articles organiques du concordat : « Les évêques seront chargés de l'organisation de leurs séminaires. » Quelle était la position des évêques? C'est le chef de l'Etat qui les nommait, le pape leur donnait seulement l'institution canonique ; ils devaient prêter serment de fidélité avant d'entrer en fonctions (Concordat, art. 5 et 6). Etaient-ils libres d'organiser les séminaires comme ils l'entendaient? Leurs règlements, dit la loi organique, seront soumis à l'approbation du premier consul. L'enseignement, au moins, était-il libre? L'article 24 des articles organiques porte : « Ceux qui seront choisis pour l'enseignement dans les séminaires souscriront la déclaration faite par le

clergé de France en 1682, et publiée par un édit de la même année; ils se soumettront à y enseigner la doctrine qui y est contenue, et les évêques adresseront une expédition en forme de cette soumission au conseiller d'État chargé de toutes les affaires concernant les cultes. » Leur eût-il été permis d'enseigner les nouveaux dogmes proclamés à Rome, l'immaculée conception, l'infaillibilité du pape? Non, car l'article 1er de la loi organique défend de publier et de mettre à exécution aucune bulle de la cour de Rome sans l'autorisation du gouvernement. Et, aux termes de l'article 3, les décrets des synodes étrangers, même des conciles généraux, ne peuvent être publiés en France avant que le gouvernement en ait examiné la forme, leur conformité avec les lois, droits et franchises de la république française, et tout ce qui, dans leur publication, pourrait altérer ou intéresser la tranquillité publique. Inutile d'insister. Qui ne sait que l'Eglise du concordat et des articles organiques était soumise à l'Etat, tandis que l'Eglise, d'après notre constitution, est entièrement indépendante de l'Etat? Il n'y a plus d'autre lien que le temporel de l'Eglise; or, l'enseignement religieux n'a rien de commun avec le temporel. C'est un enseignement libre donné sous la direction des évêques; il est si loin d'être public, qu'on le cache, on le soustrait aux regards du public, et pour une bonne raison : c'est que cet enseignement est devenu tout à fait ultramontain, c'est-à-dire qu'il est le contre-pied de notre ordre civil et politique, la négation des bases mêmes sur lesquelles repose notre ordre social. Nous demandons si un enseignement hostile à l'Etat peut être qualifié d'enseignement public? Nous demandons si, en droit, la loi peut donner la personnification à un enseignement qu'elle ne connaît point et qu'elle n'a point le droit de connaître? La réponse, à notre avis, n'est pas douteuse; l'article 9 de la loi de 1864 est une anomalie dans notre ordre légal.

208. Les établissements connus sous le nom de petits séminaires peuvent-ils recevoir des libéralités? L'article 9 tranche la question; les grands séminaires sont seuls capables de recevoir. Lors de la discussion de la loi de

1864 au sénat, l'archevêque de Malines adressa à cette assemblée une requête dans laquelle il signalait la disposition de l'article 9 comme *fautive* : c'est l'expression du cardinal. En quoi est-elle fautive? C'est qu'il n'y a point de grands séminaires en Belgique, il n'y a que des séminaires divisés en deux sections (1). Le sénat ne tint aucun compte de cette singulière distinction Déjà au sein de la commission chargée de l'examen du projet de loi, cette réclamation avait été produite. Le rapporteur, M. Gheldolf, jurisconsulte consommé, la repoussa. La raison qu'il donne est péremptoire. Un établissement peut-il être légal et d'utilité publique sans loi? Or, il n'y a pas de loi qui reconnaisse les petits séminaires à ce titre. Ce sont des colléges épiscopaux, donc des établissements privés, et partant incapables de recevoir (2).

2. DES FONDATIONS POUR LES ÉLÈVES.

207. Des libéralités peuvent être faites pour ceux qui font des études, n'importe lesquelles, afin de leur donner les moyens de subvenir aux dépenses que nécessite l'instruction à tous les degrés. Ces fondations portent le nom de bourses; il peut y en avoir pour l'enseignement primaire, moyen, supérieur, scientifique, artistique ou professionnel. La loi crée dans chaque province une commission chargée d'accepter les dons et legs faits dans ce but, de gérer les biens et de conférer les bourses (art. 18). Elle érige les bourses d'études en institution publique, au même titre que les fondations qui ont pour objet l'enseignement. En théorie, rien n'est plus juste. Il faut que chaque individu ait les moyens de développer les facultés dont Dieu l'a doué. Si sa naissance dans une famille pauvre ou peu aisée ne lui permet point de supporter les frais de l'instruction, il faut que la société vienne à son aide, soit en lui procurant l'instruction gratuitement, soit en lui fournissant les moyens de subsister pendant qu'il

(1) Requête du cardinal archevêque de Malines (*Documents*, t. II, p. 252).
(2) Gheldolf, Rapport (*Documents*, t. II, p. 227 et suiv.). Comparez la déclaration du ministre de la justice (M. Tesch) (*ibid.*, p. 566 et 575).

se livre aux études. En ce sens, les bourses sont un droit pour l'individu. Elles sont en même temps un bienfait pour la société.

La puissance d'une nation est en proportion de sa force intellectuelle et morale. Or, Dieu distribue inégalement les dons de l'intelligence et de l'âme, on ne les rencontre pas toujours dans les classes riches, et alors même qu'elles s'y trouvent, il arrive qu'ils ne reçoivent pas la culture nécessaire, précisément à cause de la richesse, qui engendre mille et un préjugés ; trop souvent elle détourne du travail, et qui ignore le vieux proverbe, que l'oisiveté est la mère de tous les vices? Il importe donc que la société favorise le développement intellectuel dans les classes inférieures ; c'est l'instrument le plus actif du progrès et de la civilisation (1).

Tout en applaudissant à la loi nouvelle qui a érigé en services publics les fondations que les personnes charitables sont disposées à faire en faveur des boursiers, nous aurions bien des choses à dire sur la manière dont ce service est organisé. Les limites de notre travail ne nous permettent pas d'entrer dans ce débat. Qu'il nous soit néanmoins permis de constater que les bourses de fondation sont trop souvent un funeste encouragement, en ce sens qu'elles appellent aux hautes études des jeunes gens que le défaut de capacité en devrait exclure. C'est un grand mal que ce déclassement factice. Les bourses de fondation donnent lieu à un autre abus. Etablies d'ordinaire au profit de la famille du fondateur, ou pour les habitants d'une localité déterminée, c'est le hasard de la naissance qui les distribue ; elles profitent parfois à des jeunes gens riches, et ne servent qu'à augmenter leur dissipation. La loi aurait pu, nous semble-t-il, remédier au mal, en soumettant tous ceux qui sollicitent une bourse à un concours auquel on n'aurait admis que les déshérités de ce monde, déshérités au point de vue de la richesse, mais riches des dons de l'intelligence ; la préférence, à capacité égale, aurait été accordée aux parents du fonda-

(1) Comparez le Rapport de M. Bara (*Documents*, t. I, p. 58 et suiv.).

teur ou à ceux qu'il a entendu favoriser particulièrement.

Nous soumettons ce vœu au législateur, une longue expérience nous ayant convaincu que les bourses de fondation font plus de mal que de bien.

B) *Des libéralités faites pour la bienfaisance publique.*

208. Nous venons de dire que les fondations de bourses sont un droit pour celui qui a besoin de secours afin de se livrer aux études nécessaires au développement de ses facultés intellectuelles et morales. Est-ce à dire que la société ait aussi le devoir de procurer à tout homme la subsistance physique ou les moyens d'y pourvoir? C'est la doctrine du socialisme, ce n'est pas la nôtre. Nous croyons que la société a payé sa dette quand elle a donné à l'individu les moyens de développer ses facultés; c'est, après cela, à chaque homme de faire usage des dons de la nature cultivés par l'étude. Ce qui fait la force de l'individu et par conséquent de la société, c'est l'énergie, la puissance d'initiative des individus; il faut donc stimuler, activer le sentiment de l'individualité. Or, si la société assurait à tout homme sa subsistance, ou le travail qui la procure, elle mettrait sa prévoyance, son activité à la place de la prévoyance et de l'activité des individus; c'est dire qu'elle tuerait dans son germe le principe de vie et de progrès. Notre doctrine est donc le contre-pied du socialisme; la société ne doit pas être une providence, elle doit se borner à favoriser le perfectionnement des individus : tout homme doit être à lui-même sa providence. Si l'instruction, et l'éducation qui en est inséparable, était dirigée vers ce but et dans cet esprit, il resterait peu à faire pour la bienfaisance publique. Ce n'est pas à dire que la société doive rester étrangère à la charité qui soulage les malheurs inévitables. Il y a des misères qu'aucune prévoyance humaine ne peut prévenir. La maladie enlève à de pauvres enfants ceux que Dieu leur avait donnés comme appuis. La société dira-t-elle aux orphelins : Aidez-vous, le ciel vous aidera? Une crise industrielle sévit pendant des années, elle prive les ouvriers de tra-

vail, les épargnes qu'ils ont pu faire s'épuisent; la société leur dira-t-elle : Aidez-vous, le ciel vous aidera? La vieillesse rend l'homme incapable de travail; la cruelle mort a privé le vieillard des enfants qui auraient été son soutien; les maladies, les besoins qui augmentent avec l'âge absorbent le petit pécule que l'économie avait formé. La société abandonnera-t-elle les malades et les vieillards? Il est inutile de poursuivre. Là où les efforts individuels sont impuissants, la société doit intervenir; c'est précisément là sa mission. Dans ces limites et sous ces conditions, nous admettons qu'il y ait une charité publique.

Il y a des établissements dont la destination est de remplir le devoir de charité qui incombe à la société, ce sont les bureaux de bienfaisance et les hospices. Le traitement des malades, les soins qui doivent leur être prodigués demandent un dévouement sans bornes. Dieu a donné cette sublime faculté à la femme. La religion a prêté son appui à la puissance d'abnégation qui distingue les femmes; elle a organisé des corporations vouées au soulagement de l'humanité souffrante : les congrégations hospitalières sont les seules corporations religieuses que le législateur moderne ait maintenues; ce sont les seules qui méritaient d'être conservées. Nous allons dire quelle mission leur est réservée dans la bienfaisance publique, ainsi qu'aux établissements que la loi a chargés du service de la charité; cette destination ou cette mission détermine les libéralités qui peuvent leur être faites, et désigne la personne civile qui a qualité pour les accepter et les administrer.

I. DES ÉTABLISSEMENTS DE CHARITÉ.

209. Les bureaux de bienfaisance ont été établis par la loi du 7 frimaire an v. Il devait y avoir un ou plusieurs bureaux de bienfaisance par canton. Un arrêté royal du 7 décembre 1822 ordonna qu'il y eût un bureau par commune. La loi communale du 30 mars 1836 consacra ce système; aux termes de l'article 92, les bourgmestre et échevins veillent à ce que dans chaque commune il soit

établi un bureau de bienfaisance. » Le bureau se compose de cinq membres nommés par le conseil communal. Ses fonctions consistent à distribuer les secours à domicile; la loi de frimaire veut que les secours se donnent, autant que possible, en nature (art. 4 et 10). Les bureaux de bienfaisance doivent avoir des revenus proportionnés aux besoins qu'ils sont appelés à satisfaire. La loi de frimaire an v dispose qu'ils recevront les dons qui leur seront offerts; ces dons sont déposés aux mains du receveur et enregistrés (art. 8). Cela suppose des dons manuels, sans qu'il y ait un acte dressé. Les bureaux sont aussi capables de recevoir des dons et legs sous forme de fondations; ils sont compris parmi les établissements d'utilité publique dont parle l'article 910 du code civil; les dons faits aux pauvres, comme nous le dirons plus loin, s'adressent également au bureau de bienfaisance.

Dans les grandes villes, il serait impossible aux membres du bureau de connaître les pauvres qui méritent de recevoir des secours. Ils sont aidés dans leur mission charitable par les maîtres des pauvres choisis dans chaque quartier parmi les personnes bienfaisantes. C'est une vieille institution qui a pris racine dans nos mœurs. Les maîtres des pauvres remplissent leurs fonctions avec un zèle admirable. Nous sommes heureux de constater un fait dont nous avons été témoin, et nous le faisons pour appeler sur les bureaux de bienfaisance l'attention de ceux qui veulent distribuer des aumônes. Les établissements officiels sont en général vus avec peu de faveur; on ne se doute pas du zèle et de l'intelligence avec lesquels les bureaux s'acquittent de leur mission. Il n'y a pas de particulier, il n'y a pas de société privée qui possèdent des renseignements aussi sûrs que ceux dont disposent les bureaux de bienfaisance; ils offrent aux donateurs toutes les garanties possibles.

La loi de frimaire porte que les membres des bureaux n'auront aucune rétribution (art. 5). Il va sans dire qu'il en est de même des maîtres des pauvres. De là suit qu'il ne peut pas être fait de libéralité ayant pour objet de procurer une récompense quelconque à ceux qui se dévouent

à ces humbles fonctions. Cela a été décidé ainsi par un arrêté royal du 30 novembre 1868 (1). Un testateur avait chargé le bureau de bienfaisance de faire diverses distributions aux pauvres; il légua une somme de cent francs, à titre de récompense, pour les maîtres des pauvres : la disposition fut déclarée nulle, comme étant faite au profit de personnes incapables.

210. Le mot *hospices*, dans son acception la plus large, désigne les établissements où les pauvres sont reçus, pour n'importe quelle cause. En ce sens, les *hôpitaux* sont aussi des *hospices*. Dans un sens plus spécial, on entend par *hôpitaux* des établissements où l'on traite les malades, et par *hospices* les établissements où l'on reçoit les enfants abandonnés, les orphelins et les vieillards; les maisons d'aliénés sont moitié hospices, moitié hôpitaux. Avant la révolution, ces divers établissements avaient chacun une existence distincte et indépendante, et par conséquent une administration séparée : c'était une source d'inévitables abus. La loi du 16 vendémiaire an v centralisa tous ces établissements, en confiant aux corps municipaux la surveillance immédiate des hospices civils qui se trouvent dans leur arrondissement; ils nomment à cet effet une commission composée de cinq membres, qui élisent leur président. Les hospices ne sont donc pas administrés directement par les communes; en ce sens, ils diffèrent des établissements communaux proprement dits. Toujours est-il que la charité publique est confiée aux communes, puisque c'est l'autorité communale qui nomme les bureaux ou commissions chargés de ce service; c'est elle qui contrôle leur gestion, qui reçoit leurs comptes; c'est aussi la commune qui pourvoit, s'il y a lieu, à l'insuffisance de leurs ressources. En ce sens, les hospices, de même que les bureaux de bienfaisance, sont des établissements communaux, ayant, il est vrai, une administration distincte, mais procédant de la commune et relevant d'elle. C'est ce que dit une circulaire du ministre de l'intérieur du 18 prairial an v. « Les commis-

(1) Circulaires du ministère de la justice, 1868, p. 392.

sions des hospices ont l'administration intérieure des hospices et la régie de leurs biens. Mais elles ne sont pas indépendantes, et elles n'ont pas le droit de régler à leur gré les établissements qui leur sont confiés. Aucune innovation dans le régime actuel, aucun règlement nouveau, aucune mesure d'intérêt général ne peuvent être exécutés par elles, sans le secours des autorités supérieures (1). » Il y a donc une part à faire à la commission des hospices et il y a une part à faire aux communes. C'est surtout la première qui nous intéresse, puisqu'elle détermine et limite les libéralités qui peuvent être faites aux hospices. La loi du 16 messidor an VII définit l'action des commissions en ces termes : « Elles sont exclusivement chargées de la gestion des biens, de l'administration intérieure, de l'admission et du renvoi des indigents (art. 6). »

Nous n'avons pas à entrer dans les détails des nombreuses modifications qu'a éprouvées la législation sur la bienfaisance publique. Les principes que nous venons d'établir régissent encore aujourd'hui les hospices. La loi communale de 1836 les met sur la même ligne que les bureaux de bienfaisance; elle donne aux conseils communaux le droit de nommer les membres des commissions (art. 84). Rien n'est changé quant à leurs attributions. Ce peu de mots suffisent à l'objet de notre travail.

211. Les attributions des bureaux de bienfaisance et des hospices ne sont pas purement charitables, si l'on entend par ce mot la distribution de secours à domicile, ou l'entretien des pauvres dans un établissement public; ils interviennent aussi dans l'enseignement primaire. L'intervention des bureaux de bienfaisance ne concerne que les dépenses qu'ils sont appelés à supporter du chef des enfants pauvres qui fréquentent les écoles de la commune. Aux termes de la loi du 23 septembre 1842 (art. 5), les enfants pauvres sont instruits gratuitement : le conseil communal, après avoir entendu le bureau de bienfaisance, fixe, tous les ans, le nombre d'enfants indigents

(1) La circulaire se trouve dans le *Répertoire* de Tielemans, t. VIII, p. 325 et suiv.

qui, dans chaque commune, doivent recevoir l'instruction gratuite, ainsi que la subvention à payer de ce chef, ou, s'il y a lieu, la rétribution à payer par élève. La députation permanente règle, sauf recours au roi, la part contributive qui incombe au bureau de bienfaisance dans les frais d'instruction des enfants pauvres; cette part est portée au budget du bureau. Il suit de là que les bureaux de bienfaisance, chargés de supporter une partie des dépenses de l'enseignement primaire, ont qualité pour recevoir des dons et legs ayant cette destination. Non pas que les bureaux puissent établir des écoles, ce n'est pas là leur mission; ce droit, pour mieux dire, cette obligation est attribuée aux communes. Si donc une libéralité est faite à un bureau de bienfaisance pour le service de l'enseignement, elle ne peut concerner que la charge imposée à cet établissement; quant à l'école, s'il s'agit de la fondation d'une école, elle appartient à la commune, elle est dirigée par elle, conformément à la loi générale qui régit l'enseignement primaire.

Lors de la discussion de la loi de 1842, le ministre de l'intérieur a émis une opinion contraire : il croyait que le bureau de bienfaisance pouvait recevoir une libéralité ayant pour objet la création d'une école gratuite; de sorte que le bureau aurait fait fonction d'administrateur spécial (1). C'était une fausse interprétation de l'article 84 de la loi communale, comme nous le dirons plus loin. Aucune loi ne charge les bureaux de bienfaisance de donner l'enseignement gratuit aux pauvres, tandis qu'il y a une loi formelle, celle du 23 septembre 1842, qui confie ce service aux communes. Cela est décisif pour les fondations, aucun établissement d'utilité publique ne pouvant recevoir des libéralités pour un service qui lui est étranger.

La pratique administrative est en ce sens depuis l'avénement du ministère libéral en 1849. Un arrêté royal du 13 novembre 1859 formule nettement le principe. Dans l'espèce, la testatrice avait fait un legs au bureau de bien-

(1) *Moniteur* du 30 août 1842 (discours de Dubus et de Nothomb). Il y a un arrêté royal en ce sens, du 20 mai 1835, rappelé dans celui du 1er septembre 1861 (Circulaires, 1861, p. 109).

faisance, à charge d'appliquer une partie des revenus à l'instruction des filles pauvres de la commune. L'arrêté décide que les bureaux de bienfaisance n'ont capacité exclusive pour recueillir les dons et legs faits au profit de l'instruction des pauvres que lorsque la fondation a pour objet de dégrever le bureau de la charge qui lui incombe de contribuer à l'écolage des enfants indigents. S'il s'agit d'une fondation au profit de l'instruction gratuite, le bureau a qualité pour recevoir les biens et les gérer, mais sous la condition d'en mettre les revenus à la disposition des administrations communales (1). Il y a des écoles qui par leur nature paraissent être une œuvre de charité plutôt que d'instruction, ce sont les écoles gardiennes; néanmoins ce sont des écoles; on n'y garde pas seulement les enfants, on commence à développer leurs facultés. Donc c'est le premier degré de l'instruction primaire; à ce titre les écoles gardiennes dépendent de la commune. Quand un testateur fait un legs au bureau de bienfaisance pour une école pareille, le legs doit être attribué à la commune; on ne peut pas même dire que le bureau de bienfaisance soit tenu de contribuer aux frais et ait qualité, à ce titre, pour gérer la fondation, car les écoles gardiennes ne sont pas comprises dans l'enseignement primaire dont le bureau supporte les frais en partie (2). En définitive, le bureau ne peut recevoir les libéralités faites pour l'enseignement primaire qu'à raison de cette charge. Une donation porte que le bureau de bienfaisance donataire payera à la commune une somme de 1,500 fr. pour lui faciliter l'acquisition ou l'appropriation d'un terrain destiné à une maison d'école. Le donateur exprime le désir que, moyennant ce don, le bureau soit déchargé de toute obligation relative à l'instruction des enfants pauvres. Il a été décidé qu'il serait déduit annuellement de la somme due par le bureau de bienfaisance à la commune, en vertu de la loi de 1842, une quotité égale à l'intérêt des 1,500 fr. donnés à la commune (3).

(1) Circulaires du ministère de la justice, 1859, p. 468-471.
(2) Arrêté royal du 31 juillet 1867 (Circulaires, 1867, p. 148).
(3) Arrêté royal du 19 mai 1864 (Circulaires, 1864, p. 69 et suiv.).

La bienfaisance se mêle parfois à l'enseignement gratuit donné aux pauvres. Un testateur ordonne qu'un certain nombre d'obligations soient remises à la présidente d'une Association des jeunes économes, pour le revenu en être employé à donner de la soupe aux enfants pauvres qui fréquentent les salles d'asile de la ville de Tournai, tant celles qui sont tenues par les religieuses que celles qui sont tenues par des laïques. Cette société, n'étant pas un établissement public, n'avait aucune qualité pour recevoir des libéralités. Le bureau de bienfaisance fut autorisé à accepter le legs, mais seulement pour les salles d'asile dirigées par lui, celles établies par des religieuses n'ayant pas capacité pour recevoir (1). Distribuer des soupes est une aumône, et les aumônes entrent dans les attributions du bureau de bienfaisance, pourvu qu'elles soient affectées à des personnes capables de recevoir des libéralités. Le même principe s'applique aux legs d'habillements. Parfois le testateur ordonne que la distribution se fasse par le curé; cette clause est réputée non écrite, le curé n'ayant aucune qualité légale pour distribuer des aumônes; quand cette clause se trouve dans une donation, le gouvernement invite le donateur à y renoncer avant d'en autoriser l'acceptation (2). Le curé n'est pas même compétent pour recevoir un legs destiné à l'habillement d'enfants pauvres qui font leur première communion; une clause pareille a été réputée non écrite : le bureau de bienfaisance ayant seul mission, en vertu de la loi, pour distribuer les aumônes, a, par suite, seul qualité pour recevoir les libéralités qui ont cette destination (3).

212. La loi du 24 décembre 1864 porte (art. 9) que les libéralités au profit de l'enseignement primaire qui se donne dans les hospices d'orphelins, sont réputées faites aux commissions d'hospices. Cette disposition paraît impliquer que la commission d'hospices a qualité pour donner l'enseignement dans les orphelinats. Ainsi entendue, elle se concilie difficilement avec la loi de 1842, qui fait de

(1) Arrêté royal du 10 juin 1860 (Circulaires, 1860, p. 641).
(2) Arrêté du 16 novembre 1860 (Circulaires, 1860, p. 710).
(3) Arrêté du 4 janvier 1859 (Circulaires, 1859, p. 313).

l'enseignement primaire un service communal; elle ne se concilie pas davantage avec la mission des hospices, qui sont une institution charitable, et non une institution enseignante. Il nous semble que l'article 9 doit être limité aux dépenses; les hospices doivent naturellement payer les frais de l'instruction que reçoivent les orphelins, soit à l'orphelinat, soit dans des écoles communales. A ce titre, la commission a qualité pour recevoir des dons et legs (1). Nous ne croyons pas qu'une libéralité puisse être faite aux hospices pour établir une école et la diriger. Ce serait une anomalie que rien n'expliquerait. A Gand, il y a, dans les deux orphelinats de garçons et de filles, des écoles primaires qui sont fréquentées par des externes et par les orphelins; ces écoles sont placées sous la direction de la commune; les hospices n'interviennent que pour contribuer aux frais. Telle est, à notre avis, l'application des vrais principes qui régissent la capacité des hospices et celle de la commune.

213. Ceux qui font des dons et legs pour les pauvres confondent souvent les deux établissements chargés de la bienfaisance publique. En réalité, le partage de la charité entre les bureaux de bienfaisance et les hospices n'a point de raison d'être, et il n'est pas même observé dans la pratique, au moins en ce qui concerne les hospices : au lieu de recevoir les vieillards dans les établissements destinés à cet effet, il arrive tous les jours que les hospices les laissent dans le sein de leur famille, en leur allouant un subside, ce qui constitue bien une aumône à domicile. Et cela est très-bien entendu. Les établissements où l'on reçoit les indigents, pour les y entretenir, ont un grand inconvénient : ils brisent les liens de la famille, tandis qu'il faudrait les resserrer par tous les moyens possibles. Il est donc bon que les hospices aient qualité pour distribuer des aumônes à domicile; dès lors la ligne de démarcation qui sépare les bureaux de bienfaisance et les hospices s'efface. Toujours est-il qu'elle existe encore de droit, et par conséquent on doit la maintenir quant aux

(1) Arrêté du 26 juin 1868 (*Circulaires*, 1868, p. 320).

dons et legs, là où les deux administrations sont séparées de fait, et telle est la règle. Une testatrice lègue au bureau de bienfaisance une maison pour y établir un hospice de vieillards, et en attendant que l'hospice soit établi, elle veut que les revenus des biens légués soient distribués aux vieillards qu'elle détermine. Il y avait dans cette disposition deux libéralités avec une destination différente : l'une, ayant ppur objet la création d'un hospice, s'adressait à la commission des hospices : l'autre, ayant pour objet une distribution d'aumônes, appartenait au bureau de bienfaisance. L'erreur de la testatrice ne pouvait pas attribuer capacité de recevoir à un établissement incompétent ; or, le bureau de bienfaisance n'a pas qualité pour établir et diriger un hospice (1). Si le testateur n'indique pas la destination, il faut consulter ses intentions et, dans le doute, maintenir l'attribution qu'il a faite à l'établissement par lui désigné. Une testatrice lègue deux rentes perpétuelles, de 800 francs chacune, au bureau de bienfaisance, sans indiquer l'emploi de cette somme; mais il résultait des délibérations du bureau de bienfaisance et de la commission des hospices qu'il était de notoriété publique que ladite rente devait être employée à l'entretien des indigents admis dans l'hospice de la commune ; par suite, de l'avis des administrations intéressées, l'arrêté royal attribua aux hospices ce que la testatrice avait par erreur donné au bureau de bienfaisance (2). Quand l'erreur se commet dans une donation, l'administration a soin d'en avertir le donateur, afin qu'il la redresse lui-même (3).

La jurisprudence française ne maintient pas la ligne de démarcation qui existe légalement entre les bureaux de bienfaisance et les hospices quant à leur destination, et par suite quant à leur capacité. Un arrêt de la cour de Paris a maintenu implicitement le legs d'un orphelinat

(1) Arrêté du 16 août 1869 (Circulaires, 1869, p. 531). Dans le même sens, arrêtés du 14 septembre 1863 (Circulaires, 1863, p. 485), du 5 mai 1865 (Circulaires, 1865, p. 186), du 9 novembre 1865 (Circulaires, 1865, p. 321).
(2) Arrêté du 1er août 1861 (Circulaires, 1861, p. 101).
(3) Arrêtés du 7 décembre 1864 (Circulaires, 1864, p. 127) et du 27 janvier 1865 (Circulaires, 1865, p. 151).

fait au bureau de bienfaisance (1), tandis que la libéralité ne pouvait être faite valablement qu'aux hospices. Il est vrai que, dans l'espèce, les parties intéressées n'avaient pas soulevé la question.

214. Parfois il y a doute. La libéralité n'a pour objet ni la création d'un hospice, ni des secours à domicile : laquelle des deux administrations charitables est alors compétente pour la recevoir? Il nous semble que le bureau de bienfaisance a une capacité plus générale que la commission des hospices : celle-ci a exclusivement pour mission de diriger des établissements où l'on reçoit les indigents; hors de là, elle est incompétente. Tandis que le bureau de bienfaisance, par le nom même qu'il porte, est appelé à exercer la charité publique, à la seule exception des établissements confiés à la commission des hospices. Il y a un arrêté royal en ce sens. Un testateur institue le bureau de bienfaisance légataire du tiers de ses biens, à la condition d'employer le revenu en bourses d'apprentissage de métiers dans lesquels les apprentis gagnent le moins vite, mais qui, plus tard, sont productifs et leur permettent de passer, avec peu ou point de capitaux, de la condition d'ouvrier à celle de maître, telles que les professions de cordonniers, tailleurs, serruriers, couvreurs, peintres en bâtiments et autres semblables. Le testateur fixe le montant des bourses et le mode de collation; une partie des bourses devait être mise en réserve à la caisse d'épargne, pour servir de dots d'établissement en faveur de boursiers qui réunissaient les conditions prescrites par le testament pour s'établir comme maîtres. Excellente institution, comme toutes celles qui favorisent le travail et mettent l'ouvrier en état de se créer une position indépendante! Qui avait capacité de recueillir cette libéralité? Les hospices étaient hors de cause; on pouvait en dire autant du bureau de bienfaisance, puisqu'il ne s'agissait pas de distribuer des secours à domicile. Restait la commune, qui était également incapable, car elle n'est pas chargée de l'enseignement professionnel. L'arrêté royal

(1) Paris, 3 mai 1872 (Dalloz, 1872, 2, 200).

autorise le bureau de bienfaisance à accepter le legs (1). C'est une interprétation très-extensive des lois qui déterminent la mission des bureaux de bienfaisance. Nous regrettons que les lois n'aient pas donné aux communes la mission de favoriser l'éducation professionnelle, suite et complément de l'éducation générale que les ouvriers reçoivent dans les écoles. Il faudrait intéresser la commune et par suite les personnes charitables à l'amélioration de la condition des classes ouvrières; les communes y sont intéressées tout autant qu'à l'instruction des pauvres.

215. Il y a une autre difficulté. Le testateur fait un legs au profit des pauvres, et ne l'adresse ni au bureau de bienfaisance, ni aux hospices; le bureau aura-t-il néanmoins qualité pour le recueillir? Il faut voir d'abord si le testateur a chargé quelqu'un de l'exécution de ses volontés, ou s'il a fait le legs pour les pauvres, sans désigner personne pour la distribution de ses aumônes. Dans le dernier cas, il n'est pas douteux, à notre avis, que le legs ne doive être recueilli par le bureau de bienfaisance. Nous reviendrons sur la question en traitant des libéralités faites à des personnes incertaines (nos 312 et suiv.). Cela préjuge la décision de la question dans la première hypothèse. Il arrive souvent que le testateur fait un legs d'aumônes et charge de la distribution son exécuteur testamentaire, ou le titulaire d'une fonction civile ou religieuse, tel que le bourgmestre; d'ordinaire c'est le curé. L'on a soutenu, dans l'intérêt de l'Eglise, que le legs était valable, et qu'il ne devait pas être attribué au bureau de bienfaisance (2). Ce qui rend la question, sinon douteuse, du moins controversable, c'est que, dans l'ancien droit, l'on admettait la validité des legs d'aumônes confiés à l'exécuteur testamentaire ou à une personne publique (3). Nous croyons qu'il faut écarter la tradition en cette matière, par la raison que sous l'ancien régime les pauvres n'avaient

(1) Arrêté du 24 janvier 1861 (Circulaires, 1861, p. 13).

(2) Delcour, *De la validité de la donation ou du legs fait aux pauvres avec désignation d'un administrateur spécial* (*Revue catholique*, 1850 à 1851, p. 618).

(3) Ricard, *Des donations*, partie I, chap. III, sect. XIII, n° 603 (t. I, p. 150).

point de représentant légal dans un établissement d'utilité publique; il n'y avait pas de bureau de bienfaisance; à vrai dire, l'Eglise représentait les pauvres, car ses biens étaient le patrimoine des pauvres; quand les bénéficiers oubliaient leur devoir, les parlements les y rappelaient, en leur imposant une taxe et, au besoin, en saisissant leur temporel. C'est dire que l'Eglise faisait partie de l'Etat, les ministres du culte étaient des personnes publiques; rien n'empêchait donc le curé d'être le distributeur des aumônes : c'était une des fonctions de son ministère. Tout cela est changé depuis 1789. L'Etat s'est emparé des biens de l'Eglise, et par suite la charité a été sécularisée. Notre constitution a fait un pas de plus dans cette voie en séparant l'Eglise de l'Etat; par suite, il n'y a plus de ministres du culte aux yeux de la loi, le curé ne se distingue en rien du premier individu venu. La question que nous discutons doit donc être posée en d'autres termes : un particulier peut-il, à titre d'exécuteur testamentaire, être chargé par le testateur de la distribution de ses aumônes?

Ricard l'admet, tout en faisant une objection à laquelle il ne répond pas. On ne peut faire de libéralités au profit de personnes incertaines; or, les pauvres sont des personnes incertaines. Dira-t-on que la personne chargée de la distribution des aumônes les désignera? Ce serait alors un legs avec faculté d'élire, et ce legs aussi est nul (1). Nous aboutissons à la conclusion que la désignation d'une personne quelconque chargée de distribuer un legs d'aumônes doit être réputée non écrite, aux termes de l'article 900. Vainement objecte-t-on que le testateur peut disposer de ses biens comme il l'entend; que, dans l'espèce, il ne s'agit pas d'une fondation perpétuelle avec un administrateur spécial; que le legs d'aumônes reçoit son exécution immédiate, comme si le testateur les distribuait lui-même. La réponse est facile et, à notre avis, décisive. Sans doute, je puis faire de mes biens ce que je veux tant que je vis; je puis donc remettre tous mes revenus à un curé pour les distribuer en aumônes. Mais du moment

(1) Duranton, t. IX, p. 301, n° 303, et plus bas, nos 326-328.

que je teste, je dois le faire au profit de personnes certaines. Dans ce cas encore, ma liberté est illimitée, sauf l'exception de la réserve. Les personnes gratifiées sont-elles incertaines, le legs est nul, à moins qu'il ne se fasse pour un besoin public, tel que la charité; le legs sera valable, mais à la condition que l'établissement chargé de ce service le recueille (1).

Il y a encore un autre argument, également décisif, en faveur de notre opinion. Le pouvoir du testateur n'est pas illimité, comme on le suppose; il peut disposer de ses biens, il ne peut pas faire acte de volonté après sa mort. Et ne serait-ce pas donner, après qu'il a cessé de vivre, s'il pouvait distribuer des aumônes par l'intermédiaire d'un mandataire? Nous reviendrons sur ce point en traitant des *Exécuteurs testamentaires*.

216. La question a été décidée dans notre sens en France, non sans une vive résistance de l'Eglise. Elle a été posée au conseil d'Etat en ces termes : « Les legs faits au curé pour les pauvres, ou aux pauvres pour être distribués par le curé, doivent-ils être acceptés par celui-ci ou par les autorités préposées au service des pauvres? » Le conseil d'Etat, par un avis du 6 juillet 1813, approuvé par l'empereur, l'a résolue en faveur des autorités spécialement chargées du service de la charité. L'avis invoque le décret du 21 septembre 1812 qui range dans les attributions du ministère de l'intérieur la comptabilité des établissements de charité; il en conclut que l'acceptation de tous les legs ayant pour objet de secourir les pauvres doit être proposée sur le rapport du ministre, quand même le testament ou toute autre disposition conférerait la distribution des aumônes à un curé ou à tout autre ecclésiastique. Après la restauration, l'administration des cultes attaqua cette décision. Elle prépara un projet d'ordonnance qui avait pour but non-seulement d'autoriser les curés à accepter les dons et legs faits aux pauvres, lorsque le testateur leur aurait confié ce soin, mais encore de déclarer que le

(1) Comparez Duranton, t. IX, p. 390, n° 408. Il donne de bonnes raisons à l'appui de l'opinion que nous enseignons, et il finit par abandonner la décision à l'appréciation des tribunaux.

droit d'accepter tous les dons et legs faits aux pauvres purement et simplement appartiendrait exclusivement aux curés. C'était faire des curés les représentants légaux des pauvres et annuler les bureaux de bienfaisance. Cette mesure réactionnaire n'aboutit pas; l'ordonnance du 2 avril 1817 attribua, au contraire, le droit d'accepter les dons et legs faits en faveur des pauvres aux bureaux de bienfaisance et aux maires qui les président. « Il ne peut appartenir aux donateurs, dit le conseil d'Etat, de modifier à leur gré cette règle administrative et de conférer, soit au curé, soit aux fabriques, dont les attributions se bornent à ce qui intéresse le service du culte, le droit de représenter les pauvres et d'exercer les actions qui leur appartiennent. Ainsi, les bureaux de bienfaisance ou le maire peuvent seuls être envoyés en possession des objets donnés aux pauvres, quels que soient d'ailleurs les termes de l'acte constitutif de la libéralité. Cette mise en possession n'empêche pas, du reste, de faire intervenir dans la distribution des secours le curé ou la fabrique, si telle a été l'intention des donateurs (1). » Bien entendu, à titre officieux et comme simple faculté, si le bureau de bienfaisance le juge convenable.

217. En Belgique, les prétentions de l'Eglise ne font pas défaut, et pendant longtemps le gouvernement s'est fait l'instrument de l'ambition du clergé, sans se soucier des lois que les partis politiques interprètent trop souvent à leur guise. Ce n'est qu'à l'avénement du ministère libéral, en 1847, que l'administration rentra dans la voie de la légalité. Une testatrice institue pour ses héritiers universels les pauvres des diverses paroisses de Bruxelles; elle veut que « le tout soit mis à la disposition des curés respectifs. » Le conseil général d'administration des hospices et secours, qui centralise à Bruxelles tous les services de la charité publique, revendiqua ce legs; le conseil communal et la députation permanente appuyèrent sa réclamation. Elle fut accueillie par le gouvernement. L'arrêté royal invoque la loi du 7 fri-

(1) Vuillefroy' *De l'administration du culte catholique*, p. 289, note *a*.

maire an v, laquelle charge spécialement les bureaux de bienfaisance de secourir les indigents qui ne sont pas reçus dans les hospices, ainsi que les articles 910 et 937, qui confirment la mission confiée aux établissements d'utilité publique de gérer les fondations faites au profit des pauvres. La clause qui chargeait le curé d'un service que le législateur a attribué à un établissement public, était donc contraire aux lois et, comme telle, réputée non écrite, aux termes de l'article 900. On objectait, dans l'intérêt des curés, que l'article 84 de la loi communale permet de nommer des administrateurs spéciaux. Nous reviendrons sur cette disposition; dans l'espèce, elle était inapplicable; il n'y avait qu'une simple distribution d'aumônes; il ne pouvait donc être question de nommer des administrateurs pour gérer une fondation qui n'existait point. L'arrêté royal ajoute qu'il était satisfait à la volonté du testateur autant que la loi le permettait. En effet, à Bruxelles on a formé, en exécution de la loi communale (art. 92), des comités de charité, dans chaque paroisse, chargés de distribuer les secours à domicile; et les curés sont présidents de ces comités, ils interviennent donc dans la distribution des secours (1).

La volonté des testateurs n'est pas toute-puissante; ils doivent se conformer aux lois qui règlent l'exercice de la bienfaisance. Quand ils imposent une charge contraire aux lois, le législateur l'efface, tout en maintenant la libéralité. Il a été fait une application remarquable de ce principe dans l'espèce suivante. Un testateur fait un legs aux pauvres de sa paroisse, en ajoutant que la distribution se fera par le curé; puis il fait un legs au bureau de bienfaisance, en le chargeant de distribuer la somme léguée aux pauvres de la ville; enfin il lègue le double de cette somme à la société Saint-Vincent-de-Paul, pour être distribuée aux pauvres patronnés par ladite société. On voit que les prédilections du testateur étaient pour cette dernière œuvre, bien qu'il gratifiât aussi l'établis-

(1) Arrêté du 30 décembre 1847 (Circulaires, 1847, p. 134). Comparez arrêté du 6 décembre 1869 (Circulaires, 1869, p. 574).

sement public chargé du service de la charité; mais les termes du testament prouvent que son intention n'était pas de confier au bureau de bienfaisance l'exécution du legs fait à la société Saint-Vincent-de-Paul. Naissait la question de savoir ce que l'on ferait de ce dernier legs. La société ne pouvait pas le recueillir, puisqu'elle n'a pas d'existence légale. Est-ce que le bureau de bienfaisance le pouvait? L'arrêté royal le lui attribua, mais en ajoutant qu'il était *désirable* que le bureau laissât faire, sous son contrôle, les distributions par ladite société ainsi que par le curé (1). On peut justifier l'arrêté par cette considération que le legs, quoique fait à la société Saint-Vincent-de-Paul, s'adressait en réalité aux pauvres; on satisfaisait donc à la volonté du testateur, autant qu'on le pouvait légalement, en maintenant la libéralité et en faisant intervenir la société d'une manière officieuse; mais l'intervention n'est pas obligatoire; le bureau est libre de n'y pas recourir. Dès lors, ne valait-il pas mieux l'écarter? Est-ce que le gouvernement est appelé à manifester un *désir?* Pour les aumônes que le curé devait distribuer, il n'y avait aucun doute; les pauvres étaient institués directement, le curé n'était que le distributeur; on devait le remplacer par le distributeur légal, le bureau de bienfaisance.

Le légataire universel n'a pas non plus qualité pour distribuer les aumônes. Un testament, qui a donné lieu à bien des contestations, chargeait le légataire universel de distribuer annuellement des habillements pour les pauvres enfants faisant leur première communion à Gand, paroisse de Saint-Pierre, jusqu'à concurrence de 2,000 fr. L'arrêté royal décida que le bureau de bienfaisance était le seul représentant légal des pauvres, et que, ne fût-il pas nominativement institué, il avait seul capacité pour recueillir les dotations faites en leur faveur (2).

Dès qu'il s'agit de secours à donner aux pauvres, fût-ce à l'occasion d'un sacrement, le bureau de bienfaisance a

(1) Arrêté du 12 juillet 1858 (Circulaires, 1858, p. 134).
(2) Arrêté du 20 juillet 1858 (Circulaires, 1858, p. 139).

seul qualité pour les distribuer. Un legs est fait au desservant d'une commune pour être employé à l'habillement des enfants pauvres qui font leur première communion. L'arrêté royal a décidé que le bureau de bienfaisance devait le recueillir, parce qu'il était fait exclusivement au profit des pauvres, et appartenait par conséquent à l'établissement public chargé du service de la charité (1).

2. DES CONGRÉGATIONS HOSPITALIÈRES.

218. Il y a des congrégations religieuses qui se vouent au soulagement des malades, et d'ordinaire donnent l'instruction aux pauvres; il y a aussi des congrégations exclusivement enseignantes. Avant la révolution, toutes ces congrégations étaient reconnues; l'enseignement public était en grande partie dans leurs mains; on peut dire qu'elles avaient le monopole de l'instruction des femmes. Les congrégations hospitalières des sœurs de la charité et autres, après avoir été abolies, ont été rétablies; mais quelle est leur mission? sont-elles purement hospitalières? peuvent-elles enseigner? dans quelles limites? Ces questions ont donné lieu à de longs débats, et il reste toujours quelque incertitude.

Les congrégations hospitalières et enseignantes furent supprimées comme corporations jouissant de la personnification civile par le décret des 13-20 février 1790, dont l'article 1er est ainsi conçu : « La loi constitutionnelle du royaume ne reconnaîtra plus de vœux monastiques solennels des personnes de l'un ni de l'autre sexe; en conséquence les ordres et congrégations réguliers dans lesquels on fait de pareils vœux sont et demeureront supprimés en France, sans qu'il puisse en être établi de semblables à l'avenir. » On voit que les congrégations étaient extirpées jusque dans leur racine, le principe religieux qui

(1) Arrêtés du 11 juillet et du 31 juillet 1867 (Circulaires, 1867, p. 129 et 148).

fait leur essence, puisque la loi abolit les vœux solennels d'obéissance, de pauvreté et de chasteté. Il n'y avait plus place, dans le nouvel ordre de choses, pour les congrégations religieuses, hospitalières ou enseignantes. Les services de l'instruction et de la charité furent sécularisés; l'Etat se chargea de cette mission. Comme ces services ne pouvaient être organisés d'un jour à l'autre, l'Assemblée constituante décréta qu'il ne serait rien changé pour le moment à l'égard des maisons chargées de l'éducation publique et des établissements de charité. Les religieux et les religieuses continuèrent donc provisoirement leur service, non plus à titre de corporations, ils n'avaient plus de biens et ne formaient plus de corps, mais comme sociétés s'occupant de charité et d'enseignement. (Décret du 13 février 1790, art. 2.) Ce provisoire ne pouvait être de longue durée; il était impossible de laisser l'enseignement dans les mains des moines, ennemis de la révolution; l'Assemblée législative les chassa des écoles. Il était plus difficile, et il semblait dur d'expulser des hôpitaux les religieuses vouées au soulagement de l'humanité souffrante; le décret des 4-17 août 1792 fit une réserve en leur faveur. Mais il était entendu que si l'on maintenait, toujours à titre provisoire, les sœurs de la charité, c'était uniquement comme sœurs hospitalières; il fut dit formellement que les maisons de charité cesseraient de s'occuper de l'instruction des enfants, aucune partie de l'enseignement public ne devant plus être confiée à aucune des ci-devant maisons d'hommes ou de filles, séculières ou régulières. (Loi du 18 août 1792, art. 1 et 4.) Il ne restait plus que des sœurs hospitalières, vouées, aux termes de la loi du 7 avril 1792, au soin et au soulagement des malades. Ce n'était pas comme corporations, pas même comme associations religieuses, que la révolution consentait à les employer. La loi du 18 août 1792 renouvela la suppression de toutes les corporations, même de celles uniquement consacrées au service des malades et des hôpitaux. « Néanmoins, dit-elle, dans les hôpitaux et maisons de charité, les *mêmes personnes* continueront comme ci-devant le service des pauvres et le soin des ma-

lades *à titre individuel,* sous la surveillance des corps municipaux et administratifs, jusqu'à l'organisation définitive, que le comité des secours présentera incessamment à l'assemblée nationale. » Cette organisation se fit en l'an v; les lois des 16 vendémiaire, 7 frimaire et 20 ventôse ne parlent plus des congrégations hospitalières; les sœurs de charité cessent de figurer dans les lois, elles se dispersent, et n'ont plus même de nom qui les distingue (1).

219. Sous le consulat et l'empire, il y eut une réaction en faveur des sœurs hospitalières. On l'a exagérée et défigurée; il importe de rétablir la vérité. Napoléon accepta l'héritage de la révolution en tout ce qui concerne les idées de centralisation et de sécularisation; il ne répudia que la liberté. Il ne pouvait donc entrer dans sa pensée de confier l'enseignement, en tout ou en partie, à des congrégations religieuses. La loi du 7 thermidor an v avait révélé l'esprit de la France nouvelle en interdisant aux associations religieuses le droit d'user de la liberté de l'enseignement établie par la constitution de l'an III. Napoléon, hostile à la liberté, ne voulut pas plus celle d'enseigner que celle de s'associer; il organisa un corps laïque, l'université, et lui confia le monopole de l'instruction. (Décrets du 17 mars 1808 et du 15 novembre 1811.) Il ne faut pas perdre de vue cette tendance du premier consul et de l'empereur, quand il s'agit d'apprécier les décrets concernant les congrégations hospitalières. Comme le service des hôpitaux était désorganisé, le gouvernement conçut l'idée de confier le soin des malades aux anciennes sœurs de la charité, non pas à titre de corporation, mais à titre individuel, et comme remplissant un service public. Un arrêté du 1er nivôse an IX rappelle que la loi du 18 août 1792, tout en supprimant les corporations, avait conservé aux membres des corporations de charité la faculté de continuer les actes de leur bienfaisance. En conséquence, le ministre de l'intérieur autorisa

(1) Bruxelles, 28 avril 1858 (*Pasicrisie,* 1858, 2, 281) et 14 août 1847 (*Pasicrisie,* 1847, 2, 165 et suiv.).

la ci-devant supérieure des filles de la charité *à former des élèves pour le service de la charité*. L'expression est caractéristique; il ne s'agit plus de religieuses ni de moines; la supérieure est qualifiée de *citoyenne*, et les novices prennent le nom d'*élèves;* le but, c'est *le service de la charité*. Le gouvernement ne songeait pas à rétablir la mainmorte; il ne songeait pas davantage à confier à des sœurs de la charité, ni à une congrégation quelconque le soin de l'enseignement. Vers la même époque, il s'était formé diverses associations religieuses, débris de l'ordre des jésuites, dans le but de se consacrer à l'enseignement. Elles furent dissoutes comme illicites; à cette occasion, le gouvernement consulaire proclama hautement ses vues en matière d'instruction. « L'éducation publique appartient à l'Etat, il ne faut pas qu'à son insu une multiplicité d'institutions qui ne seraient pas suffisamment connues, et dont l'enseignement ne serait pas avoué, viennent joindre au danger d'occasionner de mauvaises études le danger plus grand de préparer de mauvais citoyens. » Telle fut toujours la pensée de Napoléon. Même en ce qui concerne les sœurs de la charité, son intention n'était pas de leur confier une partie de l'instruction publique, ni de ressusciter la mainmorte; il voulait utiliser les sœurs pour le service des hôpitaux. Pour atteindre ce but, elles devaient être, non des citoyennes, mais des religieuses; il fallait donc les reconstituer en corporations; mais, dit Portalis, à la charge que leurs statuts fussent vérifiés, approuvés et enregistrés au conseil d'Etat. Il ne doit y avoir en France, ajoute Portalis, d'autres institutions religieuses que celles qui sont établies par le concordat et par les lois organiques ou qui seraient formellement approuvées (1).

220. C'est dans cet esprit que fut rédigé le décret du 18 février 1809, qui est resté, en Belgique, la charte des congrégations hospitalières. L'article 1er porte : « Les congrégations ou maisons hospitalières de femmes, *savoir celles dont l'institution a pour but de desservir les hos-*

(1) Comparez Bruxelles, 14 août 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 166-169).

pices de notre empire, d'y servir les infirmes, les malades, les enfants abandonnés, ou de porter aux pauvres des soins, des secours, des remèdes à domicile, sont placées sous la protection de Madame, notre très-chère et honorée mère. » On voit que le décret a soin de définir ce qu'il entend par congrégations hospitalières; si l'on s'en tenait à cette définition, il n'y aurait pas le moindre doute sur la mission et la destination des congrégations reconnues en vertu du décret : les congrégations sont exclusivement hospitalières, elles sont une dépendance des hospices. Il n'y a pas un mot dans le décret qui marque qu'elles aient une part quelconque dans l'enseignement, fût-ce celui des enfants pauvres. Mais l'exécution qui fut donnée au décret dépassa les limites du texte; des congrégations hospitalières furent autorisées à donner l'enseignement gratuit. Il faut dire plus : l'intention du gouvernement, en rétablissant les sœurs hospitalières, était de leur permettre l'enseignement gratuit. Le conseiller d'Etat, Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, dit dans le rapport qu'il adressa à l'empereur à l'appui du décret : « que la vocation qui consiste, soit à porter des secours aux pauvres, *soit à donner la première instruction aux enfants de la dernière classe du peuple,* est le titre avec lequel s'étaient présentées jusqu'en 1809 les associations qui ont été autorisées. » Et on lit dans une circulaire adressée, le 3 mars 1809, aux évêques par le ministre des cultes, Bigot de Préameneu : « Le décret du 18 février dernier ne fait pas mention des congrégations enseignantes. Il est dans l'intention de Sa Majesté qu'il y ait pour les femmes en général un règlement d'instruction publique, dans lequel on déterminera comment les congrégations religieuses y participeront. » Quant aux congrégations, hospitalières tout ensemble et enseignantes, avaient-elles qualité pour donner l'enseignement? Le ministre distingue celles qui tiennent un pensionnat et celles qui ne donnent qu'un enseignement gratuit : les premières ne se trouvent pas comprises dans le décret, elles ne peuvent donc pas être reconnues, tandis que les autres peuvent être reconnues à titre d'hospitalières, parce que tel est l'objet principal de leur institution.

Le ministre ajoute : « Quant à l'enseignement qu'elles donnent, il ne peut que se concilier avec tout plan d'instruction générale. » Ces paroles sont très-obscures, peut-être obscures à dessein. Ce qui est certain, c'est que, dans la pensée du gouvernement, les congrégations livrées à l'enseignement gratuit, sans être hospitalières, n'étaient pas comprises dans le décret ; elles devaient attendre le règlement général de l'instruction des femmes (1).

La circulaire du ministre, rapprochée du texte du décret de 1809, soulève bien des doutes; la circulaire autorise les congrégations hospitalières à donner l'enseignement gratuit, comme service accessoire de la charité, laquelle est leur destination principale, tandis que le décret ne mentionne pas l'enseignement gratuit dans la définition qu'il donne des congrégations hospitalières. Pourquoi le décret garde-t-il le silence à cet égard? Nous ne voyons qu'une explication, c'est que l'empereur ne voulait rien préjuger quant à l'intervention légale des congrégations religieuses dans l'enseignement. Il se réservait, il est vrai, la circulaire et les actes d'exécution en font foi, la faculté d'autoriser les congrégations hospitalières qui donneraient l'instruction aux pauvres; il lui est même arrivé d'autoriser des congrégations enseignantes (2). Mais ces décrets particuliers sont des actes de la toute-puissance impériale. On n'en peut induire un principe, car il serait en opposition avec le décret de 1809. Quand il y a contradiction entre la loi et les actes qui l'exécutent, il y a violation de la loi, et la violation de la loi ne peut certes pas l'emporter sur la loi. A notre avis, le décret de 1809 décide seul la question; nous allons voir les conséquences qui en résultent.

221. Il n'y a que les congrégations reconnues qui aient capacité de recevoir des dons et legs. La première question qui se présente est donc de savoir quelles sont

(1) Arrêt de rejet du 11 mars 1848, et le réquisitoire de l'avocat général Delebecque (*Pasicrisie*, 1849, 1, 19 et suiv.). Arrêt de Bruxelles, 14 août 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 166 et suiv).

(2) Voyez le réquisitoire précité de Delebecque (*Pasicrisie*, 1849, 1, 12, 16 et suiv.).

les congrégations que le gouvernement peut reconnaître. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. Toutes les congrégations, sans exception aucune, ont été supprimées par les lois de la révolution. Ce n'est que par exception que certaines congrégations peuvent être reconnues. Dans un ordre constitutionnel et légal, ces exceptions auraient dû être consacrées par une loi. On sait que, sous l'empire, la volonté de l'empereur tenait lieu de loi; une jurisprudence constante a consacré la force obligatoire des décrets impériaux. Tel est le décret de 1809 : il accorde au gouvernement le droit de reconnaître des congrégations hospitalières de femmes, ayant pour vocation le service des hôpitaux et les soins à donner aux malades à domicile. C'est une exception, et une exception aux lois les plus importantes qui aient été faites depuis 1789; elle est donc de stricte interprétation. De là suit que le gouvernement n'a pas le droit de reconnaître des corporations enseignantes, dès qu'elles ne sont pas hospitalières, peu importe qu'elles tiennent pensionnat, ou qu'elles donnent l'instruction gratuite aux pauvres. Vainement invoquerait-on les décrets impériaux qui ont reconnu des congrégations enseignantes; les gouvernements qui ont succédé à l'empire n'ont pas hérité de sa toute-puissance; ils ont mission d'exécuter les lois, il ne leur appartient pas de les violer. La conséquence est évidente. Si un arrêté royal, rendu sous le royaume des Pays-Bas, ou en Belgique, reconnaissait une congrégation enseignante, cet acte serait illégal; or, nos tribunaux ont le droit et le devoir de ne pas appliquer les arrêtés royaux contraires à la loi. Par suite, ces congrégations n'auraient pas qualité de recevoir, et les dons et legs faits en leur faveur seraient nuls.

222. Il faut en dire autant des congrégations hospitalières qui tiendraient un pensionnat. Un arrêté royal du 24 mars 1838 reconnaît l'association des Sœurs de Marie, établie à Braine-l'Alleud. Les statuts de la congrégation portent, article 4 : « Les Sœurs de Marie se consacrent *à l'instruction de la jeunesse* et *au service des malades à domicile*; elles tiennent *un pensionnat d'internes* et une

école d'externes pour les enfants du sexe féminin. » Il résulte des statuts, comme l'a très-bien dit la cour de Bruxelles, que l'instruction de la jeunesse, la tenue d'un pensionnat et celle d'un externat constituent *au moins* l'une des principales occupations des Sœurs de Marie; on pourrait ajouter, sans risque de se tromper grandement, que le service des malades ne figure dans les statuts que parce que c'était le seul moyen légal, disons mieux, le seul prétexte pour obtenir la reconnaissance. Les statuts ne parlent pas d'une instruction à donner gratuitement aux pauvres; il y a plus, ils n'astreignaient pas même les sœurs à un service gratuit des pauvres. Par leurs statuts, les sœurs étaient donc en dehors du décret de 1809; le gouvernement n'avait pas le droit de les reconnaître; partant l'arrêté de 1838 était illégal. En conséquence, la cour de Bruxelles les déclara incapables de recevoir les legs qui leur avaient été faits; sur le pourvoi, sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet (1).

Il faut aller plus loin et décider que les congrégations, fussent-elles hospitalières, ne pourraient pas être reconnues si elles tenaient un pensionnat. Un avis du conseil d'Etat du 25 mars 1811 le décide ainsi; il invoque le décret de 1809 qui définit et limite les fonctions des sœurs hospitalières; il en conclut qu'elles ne peuvent en exercer d'autres, que notamment la tenue d'un pensionnat de jeunes filles est incompatible avec le service des pauvres malades. La cour de Bruxelles cite cet avis, et en approuve la doctrine dans les considérants de l'arrêt que nous venons de rapporter. Chose remarquable! Sur ce point, Napoléon n'hésita jamais; il refusa toujours d'autoriser les congrégations hospitalières à tenir un pensionnat; les décrets qu'il rendit en contiennent une prohibition expresse (2); il renvoyait les sœurs qui en faisaient la demande au décret général qu'il se proposait de rendre sur l'éducation des femmes. Il faut donc dire, avec la cour de cassa-

(1) Bruxelles, 3 août 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 160 et suiv.). Rejet, 14 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 204-222).

(2) Voyez les décrets cités dans le réquisitoire de Delebecque (*Pasicrisie*, 1849, 1, 21).

tion de Belgique, que la tenue d'un pensionnat suffit à elle seule pour que les congrégations ne puissent être reconnues, et pour les rendre incapables de recevoir, alors même qu'elles auraient été reconnues illégalement (1).

223. Reste l'hypothèse la plus favorable aux congrégations religieuses : quand l'objet principal de leur institution est le service des malades, peuvent-elles être reconnues si elles s'occupent aussi de l'instruction gratuite? On lit dans un arrêt de la cour de cassation de Belgique que « la tenue d'une école où l'instruction est donnée gratuitement aux jeunes filles pauvres n'est pas un obstacle à ce qu'une maison hospitalière soit instituée sur le pied du décret de 1809 (2). » Cette décision est en harmonie avec la pratique administrative de l'empire et des gouvernements qui lui ont succédé. Est-elle conforme à la rigueur des principes? Nous en doutons. La pratique administrative est une mauvaise école en fait de légalité. Quant aux rapports et aux circulaires des ministres de l'empereur, ils n'ont pas plus d'autorité que les actes d'exécution que nous récusons. Nous ne connaissons d'autre acte obligatoire que le décret, et les termes du décret, restrictifs de leur nature, excluent l'instruction même gratuite. Ainsi interprété, le décret se concilie avec les lois qui régissent l'enseignement, et même avec la pensée de l'empereur. Il y a inconséquence, nous disons plus, il y a iniquité à confier l'instruction des pauvres aux congrégations religieuses, alors qu'on leur interdit l'instruction des classes aisées ou riches. La loi de l'an v avait raison d'exclure les congrégations religieuses des écoles et de leur interdire l'enseignement libre; les peuples qui tiennent à leur liberté, et surtout à la liberté de pensée, sans laquelle la liberté politique n'est qu'une dérision, tous les peuples libres prennent de nos jours ou prendront la même mesure. En Belgique, il est vrai, la constitution ne permet pas de défendre l'enseignement à des religieux; mais on peut du moins les écarter de l'en-

(1) Rejet du 11 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 25).
(2) Rejet, 14 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 222).

seignement public. Nous ajoutons que légalement on le doit, puisque l'enseignement primaire public est confié aux communes. Or, les congrégations hospitalières reconnues sont une institution publique, l'enseignement qu'elles donnent n'est plus un enseignement libre, c'est un enseignement public; et où est la loi qui leur délègue cette mission? On lit dans un arrêt de la cour de Liége que « l'instruction gratuite est une œuvre de charité, qui fait partie de l'institut des sœurs hospitalières et revêt un caractère privé qui l'affranchit du régime des écoles communales (1). » Ce considérant est erroné et contradictoire. Où est la loi qui porte que l'instruction gratuite fait partie de l'institut des sœurs hospitalières? Et s'il y avait une loi pareille, si l'on prête ce sens au décret de 1809, peut-on dire qu'un enseignement donné par un établissement d'utilité publique, à titre de service public, est un enseignement privé? Voilà une contradiction dans les termes. Notre conclusion est que les congrégations hospitalières ne peuvent être reconnues comme congrégations enseignantes, pas même avec faculté ou charge d'instruire gratuitement les pauvres. Donc elles sont incapables de recevoir par cela seul qu'elles sont enseignantes.

224. Le beau nom d'hospitalières, de sœurs de la charité, nous fait souvent illusion; on aime à leur supposer toutes les vertus et surtout le désintéressement, le dévouement, l'abnégation. Il n'en est pas toujours ainsi dans la réalité des choses. La congrégation des sœurs de Saint-Charles-Borromée est établie à Wez-Velvain, arrondissement de Tournai, depuis 1685. Leurs statuts portent ce qui suit : « Les sœurs ont une école publique pour les personnes du sexe à qui elles enseignent les principes de la doctrine chrétienne, la lecture, l'écriture et divers ouvrages qui leur sont propres. Elles ont, en outre, un hôpital où elles donnent leurs soins à des personnes de famille du même sexe dont l'esprit est aliéné. » Jusqu'en 1821, les sœurs n'avaient pas demandé à être reconnues;

(1) Liége, 10 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 147).

un arrêté royal du 4 novembre de cette année approuva leurs statuts. L'arrêté porte : « Elles jouiront de tous les priviléges que nous accordons aux établissements de ce genre, à charge par elles de se conformer aux dispositions du décret du 18 février 1809 sur les associations hospitalières. » C'est donc à titre d'hospitalière que la congrégation fut reconnue; l'était-elle réellement, et l'arrêté de 1821 est-il légal? La cour de Bruxelles et la cour de cassation se sont prononcées pour la négative (1). Il nous semble que la question n'est guère douteuse. Les sœurs étaient d'abord une congrégation enseignante; admettons que leur enseignement fût gratuit, bien que les statuts ne leur en fassent pas une obligation, ce n'est pas là un titre qui autorise la reconnaissance; nous venons de le prouver : le décret définit les congrégations hospitalières, et l'instruction, même gratuite, ne figure pas dans la définition. Ce qui caractérise les hospitalières, le nom même le dit, c'est qu'elles sont vouées au service des malades; et il va sans dire que ce service est gratuit de son essence, puisqu'il se donne au nom de la charité. Le décret a voulu favoriser, non une spéculation, mais une œuvre de bienfaisance. Or, les sœurs de Saint-Charles-Borromée ne recevaient dans leur hospice que les personnes de famille, moyennant pension. Sont-ce des hospitalières que celles qui excluent les indigents et ne donnent leurs soins qu'aux riches? Pour se faire passer comme telles, les sœurs prétendirent que la pension n'était destinée qu'à couvrir les frais d'entretien et de nourriture des malades, et que les soins et les secours leur étaient donnés gratuitement. Cette distinction était par trop subtile, pour ne pas dire plus; la cour de cassation décida qu'une congrégation ne pouvait être hospitalière que si elle donnait ses soins aux pauvres. N'étant pas hospitalières, les sœurs ne pouvaient être reconnues; l'arrêté de 1821 était illégal, et par suite, la congrégation ne pouvait pas jouir des droits de la personnification.

(1) Bruxelles, 28 avril 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 290) et Rejet, 14 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 204).

5. DES COMMUNES.

225. Les communes peuvent-elles intervenir directement dans la bienfaisance publique? En principe, non; la charité s'exerce soit à domicile, soit dans des établissements publics, hospices ou hôpitaux; or, pour ce double service, il y a des administrations spéciales, le bureau de bienfaisance et la commission des hospices. On admet cependant une exception pour les ateliers de charité, dans lesquels on emploie les indigents à des travaux salariés. La charité consiste à donner du travail aux pauvres qui en manquent; le salaire qu'on leur paye n'est pas une aumône; donc les ateliers de charité n'entrent pas dans les attributions du bureau de bienfaisance. Ils ne ressortissent pas davantage à la commission des hospices, puisque les pauvres n'y sont pas reçus ni entretenus. C'est donc une œuvre de bienfaisance que la commune accomplit directement. On pourrait contester la légalité de ces établissements, la commune n'ayant aucune qualité pour exercer elle-même la charité. Du reste, les ateliers disparaissent; ils sont une charge assez lourde pour les communes, sans être profitables aux pauvres. Là où ils existent, ils ne peuvent recevoir à titre gratuit, car ils ne forment pas un établissement d'utilité publique, reconnu comme tel par la loi. Si donc une libéralité est faite au profit d'un atelier de charité, la commune est seule compétente pour la recueillir. Il y a un arrêté royal en ce sens : il attribue à la commune le legs que le testateur avait fait en faveur de l'atelier de charité (1).

226. Quand la libéralité consiste en secours à domicile, le bureau de bienfaisance a seul qualité pour la recueillir; de même que la commission des hospices doit accepter les dons faits au profit de l'un des établissements qu'elle dirige. La commune, dans les deux cas, est incompétente, alors même que le testateur l'aurait instituée, soit en léguant à la ville, soit en léguant au

(1) Arrêté royal du 16 octobre 1861 (Circulaires, 1861, p. 135).

bourgmestre. Un arrêté royal l'a décidé ainsi, et cela ne fait aucun doute (1). L'application de ce principe a donné lieu à de nombreuses contestations quand la libéralité est faite pour la création d'un hospice. Est-ce que la commune a qualité pour l'accepter? ou est-ce le bureau de bienfaisance? ou est-ce la commission des hospices créée pour gérer l'établissement? La jurisprudence est divisée et incertaine.

Il y a une question préliminaire : le legs est-il valable? Ne faut-il pas dire qu'il est nul comme fait au profit d'un établissement qui n'existe pas encore, par conséquent au profit d'un non-être, du néant? Nous avons examiné la question en principe; à notre avis, la libéralité est valable (n° 193). Cela n'est pas douteux, mais il se présente des difficultés dans l'application. Une testatrice lègue à la commune une maison pour servir à l'établissement d'un hospice; puis elle ajoute : « Je donne et lègue à l'hospice par moi fondé tous mes biens immeubles dont il n'a pas été disposé par le présent testament. » Les héritiers ne contestèrent pas la validité du legs de la maison fait à la commune, sauf à celle-ci à obtenir l'autorisation du gouvernement, mais ils prétendirent que le legs au profit de l'hospice était nul, comme fait au profit d'un établissement qui n'avait pas d'existence légale. La cour de cassation décida que le legs était valable; que la pensée de la testatrice, telle que la cour d'appel l'avait interprétée, était de faire une fondation pour la création d'un hospice; que le second legs, celui des immeubles, ayant la même destination que le premier, celui de la maison, s'adressait aussi à la commune, laquelle était capable de recevoir pour la fondation d'un établissement communal (2). Cela implique que la commune devait accepter les deux legs; la cour d'Angers avait attribué le second au bureau de bienfaisance. C'était une erreur, comme nous allons le dire.

227. Un curé fonde un hôpital-atelier pour le refuge

(1) Arrêté du 24 mai 1862 (Circulaires, 1862, p. 283).
(2) Rejet de la chambre civile du 2 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 265).

des pauvres malades, vieillards, orphelins des deux sexes et pour y donner de l'ouvrage aux indigents. Afin d'assurer une existence légale à cet établissement, il en fit don au bureau de bienfaisance, mais sous la condition d'une administration spéciale. Un arrêté royal du 18 avril 1845 autorisa le bureau à accepter la donation, avec la charge que le donateur y avait mise. C'était, à notre avis, une double illégalité. L'hospice était essentiellement un refuge pour les pauvres, l'atelier n'en était qu'un accessoire; donc le bureau de bienfaisance était sans qualité pour le gérer; il eût fallu créer une commission des hospices qui seule a qualité pour administrer un établissement pareil (1). Venait ensuite la question des administrateurs spéciaux : le gouvernement avait-il le droit de créer une administration spéciale pour un hospice particulier, alors que la loi a organisé des commissions pour gérer tous les hospices et hôpitaux? Nous reviendrons sur la question en traitant des droits des fondateurs; à notre avis, elle doit être décidée négativement. Toutefois l'arrêté royal reçut son exécution. Puis un legs fut fait en faveur dudit hospice; le testament portait la date de 1841, il s'ouvrit en 1847. L'héritier légitime attaqua le legs, comme fait au profit d'un établissement qui n'avait pas d'existence légale; car ce n'est pas le bureau de bienfaisance que le testateur avait gratifié, c'est l'hospice, indépendant du bureau, quoique patronné par lui. La cour de Gand donna une autre interprétation au legs. Au moment où le testament fut rédigé, l'hôpital n'existait pas encore; quel était donc le but du testateur? De faire une fondation pour la création d'un hospice. Le second legs se confondait avec le premier, le testateur léguait ses biens au bureau de bienfaisance, à charge d'en consacrer les revenus à l'entretien des pauvres dans le nouvel hospice à construire (2). Le legs était donc valable; seulement, le bureau n'avait pas qualité pour le recevoir. Cette question fut soulevée devant la cour de cassation; la cour décida

(1) Voyez, en ce sens, un arrêté royal du 8 juillet 1863 (Circulaires, 1863, p. 465).

(2) Gand, 3 août 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 339).

que l'attribution irrégulière d'un legs au bureau de bienfaisance n'empêchait pas le legs d'être valable; l'héritier n'avait donc aucun intérêt à l'attaquer, l'irrégularité se trouvait dans l'arrêté royal; or, la légalité de l'arrêté n'avait pas été contestée devant la cour de Gand (1).

La même question s'est présentée devant la cour de Liége. Un testateur institue le bureau de bienfaisance son héritier universel, à charge d'établir un hospice de vieillards, avec institution d'administrateurs spéciaux. Le débat porta sur la validité de cette clause; la cour la maintint par de très-mauvaises raisons; nous y reviendrons (2). Quant à la compétence du bureau de bienfaisance, elle ne fut pas contestée. C'est une question d'administration plutôt que de droit civil, et les héritiers n'y ont aucun intérêt. Toujours est-il que la cour, tout en validant le legs, aurait dû décider par qui il devait être recueilli; et un legs pour fondation d'hospice est tout à fait étranger aux attributions légales du bureau de bienfaisance.

228. Si la libéralité faite pour la fondation d'un hospice ne peut être recueillie par le bureau de bienfaisance, il faut se décider, ou en faveur de la commune, ou en faveur de la commission des hospices. Pour cette dernière, il y a une difficulté; on suppose que, lors de l'ouverture du legs, il n'y a point de commission organisée; faut-il que, dans ce cas, la commune procède d'abord à l'institution d'une commission, et qu'ensuite la commission accepte le legs? La question a été décidée en ce sens par la cour de Bruxelles. Un testateur avait institué la commune légataire de tous ses biens, à la charge d'en affecter les produits à la création d'un hospice. Le conseil communal institua une commission, laquelle fut autorisée par arrêté royal à accepter le legs. Quand elle demanda la délivrance du legs, les héritiers soutinrent que la libéralité s'adressait à la commune, que la commission des hospices était sans qualité pour le recueillir, puisqu'elle n'existait pas

(1) Rejet de la cour de cassation de Belgique du 8 juin 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 1. 297).
(2) Liége, 10 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 141).

lors du décès du testateur. La cour de Bruxelles maintint le legs, et valida l'acceptation faite par la commission des hospices. Elle dit très-bien que quand un testateur fait une fondation, il gratifie les pauvres au profit desquels elle sera organisée, et non l'établissement légal chargé de la gérer. Peu importe donc que, lors de l'ouverture du legs, il y ait une commission des hospices ou qu'il n'y en ait point; les vrais légataires existent, ce sont les pauvres. Reste à savoir quels sont leurs représentants légaux. Les lois décident la question : c'est le bureau de bienfaisance pour les secours à domicile, et la commission des hospices pour les secours donnés dans un établissement public. Ces organes légaux des pauvres n'existent-ils point, il faut les créer. On le peut après l'ouverture du legs, et l'acceptation sera parfaitement valable; elle rétroagira même, comme toute acceptation, au jour de l'ouverture du legs; car si la commission n'existait pas à cette époque, les pauvres existaient, ce qui suffit pour la validité du legs; l'acceptation et l'autorisation ne sont qu'une mesure d'exécution (1).

En faut-il conclure que la commune n'a point qualité pour accepter le legs d'une fondation d'hospice? Nous croyons qu'en l'absence d'un bureau de bienfaisance et d'une commission des hospices, la commune a qualité pour recevoir les libéralités faites pour les pauvres. Ces établissements ne sont qu'une émanation de l'autorité communale; c'est la commune qui leur délègue le service de la charité; or, la commune ne peut déléguer que les pouvoirs qu'elle a; si donc elle a le droit d'organiser des établissements chargés de la bienfaisance publique, il en faut conclure que ce service est un service communal, qui incombe à la commune jusqu'à ce qu'elle ait créé les organes spéciaux que la loi donne aux pauvres. Notre conclusion est que l'on peut procéder de deux manières, quand une fondation est faite pour la création d'un hospice dans une commune où il n'y a pas encore de commission. Le conseil communal peut accepter, sauf à instituer ensuite

(1) Bruxelles, 24 mai 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 24).

une commission à laquelle les biens seront remis, ou il peut organiser de suite une commission qui acceptera la libéralité. Une fois que le bureau de bienfaisance et la commission des hospices sont organisés, il n'y a plus de doute; ces établissements ont seuls qualité pour recevoir les dons et legs en faveur des pauvres. Quand même le testateur aurait institué la commune, le legs devrait être recueilli par les hospices, s'il s'agissait d'un établissement hospitalier, et par le bureau de bienfaisance en ce qui concerne les aumônes à distribuer à domicile (1).

229. Si le testateur qui fonde un hospice n'indique aucun établissement pour recueillir la fondation et la gérer, la décision est très-simple; c'est la commission des hospices qui a qualité pour recevoir la libéralité et pour exécuter les volontés du fondateur. Un fabricant lègue 400,000 francs, pour servir de premier fonds à l'établissement d'un hospice de vieillards, destiné à recueillir les vieux ouvriers des fabriques de la ville de Gand. En apparence, le testateur imposait une charge à ses héritiers, et on pouvait croire qu'il entendait que l'hospice fût créé sans l'intervention de l'autorité publique. Mais ainsi interprété, le legs aurait été nul, car la loi ne reconnaît pas aux particuliers le droit de fonder des hospices par leur seule volonté, sans l'intervention de la commission des hospices. Or, le legs avait pour objet de fonder un hospice où seraient reçus et entretenus d'anciens ouvriers de fabrique sans ressources. Il fallait donc appliquer les principes que nous venons d'exposer. La commission des hospices civils de Gand représentant seule toutes les catégories de pauvres de cette ville, pour les secours gratuits et permanents à donner dans des établissements publics de charité. C'était par conséquent à elle d'accepter le legs. L'arrêté royal le décida ainsi (2).

(1) Arrêté royal du 3 août 1865 (Circulaires, 1865, p. 267).
(2) Arrêté royal du 3 juillet 1860 (Circulaires, 1860, p. 653).

C) *Des libéralités faites pour le culte.*

1. DES FABRIQUES.

a) Leur destination.

230. Il y a une fabrique dans chaque paroisse. Le décret du 30 décembre 1809 règle les attributions des fabriques. Elles sont chargées de veiller à l'entretien et à la conservation du temple, d'administrer les aumônes recueillies dans les troncs ou provenant des oblations des fidèles à l'église; de régir les biens, rentes et perceptions autorisées par les lois et règlements, les crédits supplémentaires fournis par les communes, et généralement tous les fonds qui seraient affectés à l'exercice du culte; enfin d'assurer cet exercice et le maintien de sa dignité dans l'église à laquelle elle est attachée, soit en réglant les dépenses qui y sont nécessaires, soit en assurant les moyens d'y pourvoir (1).

231. En exposant les motifs des articles organiques du concordat, Portalis a établi le principe fondamental en cette matière, à savoir, le caractère civil des fabriques. « C'est une institution très-ancienne, dit-il; elles ont toujours été réputées *corps laïques*, quoiqu'elles participassent autrefois aux priviléges ecclésiastiques, et quoique, dans presque toutes, les curés en fussent membres nécessaires. Les règlements des fabriques ne pouvaient être exécutés sans avoir été homologués par les cours souveraines. » On lit dans une lettre du directeur des cultes, du 4 prairial an XI : « Il a toujours été de principe que les fabriques sont un objet temporel, qui n'appartient pas à la juridiction innée et purement spirituelle de l'Eglise. De là vient que les principaux règlements des fabriques ont constamment été faits par le magistrat civil ou politique. Le principe d'après lequel les fabriques sont censées n'être qu'un objet temporel n'a pas changé. Il est lié

(1) Décret du 30 décembre 1809, article 1. Loi organique du 18 germinal an X, art. 76.

à la distinction fondamentale qui existe entre les objets attribués au sacerdoce et ceux dont la connaissance ne saurait cesser d'appartenir à l'empire; et l'on sait que cette distinction dérive de l'essence même des choses. »

La distinction, considérée jadis comme essentielle, n'existe plus d'après notre constitution; l'Etat n'intervient plus dans la nomination ni dans l'installation des ministres du culte; il ne peut plus défendre la publication de leurs actes; l'Eglise jouit d'une liberté et d'une indépendance absolues (art. 16). Si l'on avait appliqué rigoureusement le principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, le temporel du culte aussi bien que le spirituel auraient dû être abandonnés à chaque confession, et par suite, il n'y aurait plus de fabriques, mais aussi aucun établissement ecclésiastique n'aurait joui de la personnification civile. Mais le nouveau principe n'a pas été admis avec toutes ses conséquences. Aux termes de l'article 117, les traitements et pensions des ministres des cultes sont à la charge de l'État. La constitution ne dit rien des bâtiments qui servent au culte ni des frais du culte. On a continué à suivre, à cet égard, la législation française; de sorte que nous n'avons plus de concordat, et nous sommes encore régis, à bien des égards, par les lois organiques du concordat. Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette anomalie. Nous devons l'accepter, puisque les lois françaises n'ont pas été abrogées.

232. Il y a d'autres établissements purement ecclésiastiques qui, étant consacrés par la loi, jouissent également de la personnification, ce sont les cures, évêchés, chapitres et séminaires. Leur institution ayant pour objet l'enseignement de la religion, l'Etat y reste étranger en Belgique. Nouvelle anomalie. Nous renvoyons à ce qui a été dit au sujet de l'enseignement religieux (n° 205).

Il y a encore, en cette matière, une anomalie qui n'est pas la moins étrange, c'est qu'il y a des cultes qui n'ont pas la personnification civile en Belgique. Lors de la discussion de la loi de 1864 sur les fondations, le ministre de la justice a déclaré que le culte anglican et le culte israélite n'avaient pas la personnification, mais qu'il con-

venait de la leur accorder (1). Jusqu'ici, la loi que le ministre annonçait n'a pas été portée.

b) Capacité de recevoir des fabriques.

1. *Libéralités faites pour le culte.*

233. Quelles libéralités les fabriques peuvent-elles recevoir? C'est une des questions les plus difficiles de cette difficile matière. Quand la libéralité rentre dans les objets prévus par le décret de 1809, il n'y a aucun doute : la fabrique a qualité pour la recevoir. Mais il y a un de ces objets qui est formulé d'une manière assez vague : *les fonds affectés à l'exercice du culte*. Faut-il comprendre dans cette expression les legs faits pour célébration de messes, soit à perpétuité, soit temporairement? La question a été portée bien des fois devant les tribunaux, et elle n'y a pas toujours reçu la même solution. Un testateur dit que la valeur de tous ses biens doit être employée à faire dire des messes; il ne nomme pas la fabrique, et charge l'exécuteur testamentaire de remplir ses dernières volontés. Ce legs appartient-il à la fabrique? La cour de Pau a jugé que l'exécution du legs était subordonnée à l'intervention de l'évêque, et que l'autorisation du gouvernement n'était pas nécessaire. Cette singulière décision a été cassée. La cour de cassation décide que le legs ne peut être exigé qu'avec l'autorisation préalable du gouvernement, appelé à veiller à ce que ces sortes de libéralités n'excèdent pas les bornes légitimes (2). Il n'est pas fait mention de la fabrique dans l'arrêt; c'est donc l'exécuteur testamentaire qui devait demander l'autorisation du gouvernement. L'arrêt qui casse est presque aussi étrange que l'arrêt cassé. C'est quand il y a un établissement d'utilité publique en cause que le code civil exige une autorisation, dans l'intérêt de la société et des familles. Si l'on admet, et en cela la cour de cassation a raison, que les familles et la société sont intéressées à ce

(1) *Documents concernant les fondations d'instruction publique*, t. II, p. 59.
(2) Cassation, 26 novembre 1828 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 419, 1°).

que les legs pies ne soient pas exécutés sans autorisation, la conséquence logique est que la fabrique doit intervenir, car il s'agit de régler l'emploi de *fonds affectés au service du culte;* or, dès qu'un legs intéresse un service public, c'est l'établissement chargé de ce service qui doit le recueillir. Tel est le principe établi par l'article 910.

Un arrêt récent de la cour de Bruxelles a décidé la question en ce sens. Le testament portait : « Je laisse les deux maisons qui m'appartiennent pour faire tous les jours trois messes perpétuelles, une messe pour mon âme, une messe pour mon mari et une messe pour un pauvre qui meurt dans la paroisse des Saints Michel et Gudule. » Un arrêté royal autorisa la fabrique des Saints Michel et Gudule à accepter le legs des maisons dont le loyer devait être employé à faire célébrer perpétuellement les trois messes. Les héritiers légitimes soutinrent que la fabrique n'était pas instituée; ils en concluaient que l'exécution des volontés de la défunte leur appartenait. Il a été jugé que le caractère de perpétuité attaché par la testatrice aux services religieux qu'elle fondait prouvait qu'elle entendait confier l'exécution de ses volontés, non à ses parents, mais au conseil de fabrique (1).

Cette décision soulève une nouvelle difficulté. La cour se fonde sur la perpétuité de la fondation, et le motif est péremptoire, en ce sens que l'on ne conçoit pas que des parents soient chargés à perpétuité de veiller à ce que des messes soient célébrées. En faut-il conclure que, s'il n'y a point de fondation perpétuelle, la fabrique ne doit pas intervenir? L'article 910 n'exige pas la perpétuité; il prévoit même un cas dans lequel très-souvent le legs reçoit immédiatement son exécution : le legs pour les pauvres. Si un testateur dit qu'après sa mort ses biens seront vendus et que le prix en sera distribué aux pauvres, le bureau de bienfaisance n'en sera pas moins appelé à recueillir la libéralité et à distribuer les aumônes (n°s 209, 215-217). Pourquoi en serait-il autrement des legs pies ayant pour objet des services religieux? Il faut donc lais-

(1) Bruxelles, 22 mai 1871 (*Pasicrisie,* 1871, 2, 287).

ser de côté la condition de perpétuité, et décider que la fabrique doit toujours intervenir, ou que son intervention est inutile, à moins qu'elle ne soit légataire.

234. Nous allons entendre les raisons que l'on donne pour écarter les fabriques : c'est vers cette opinion que tend la jurisprudence française. Dans une espèce jugée par la cour de Douai, le testateur avait ordonné que cent messes seraient chantées annuellement pendant quatre-vingts ans après sa mort ; il n'instituait pas la fabrique, et chargeait un exécuteur testamentaire de remplir ses dernières volontés. Les fabriques intéressées demandèrent la délivrance du legs ; elles furent déclarées non recevables. On lit dans le jugement, dont la cour adopta les motifs, que le testateur n'instituait pas les fabriques, ni directement, ni indirectement. En vain dit-on qu'il y avait une fondation ; il n'y a pas de fondation sans donation ; et où est, dans l'espèce, la libéralité (1) ? Ce motif est loin d'être péremptoire ; il est en opposition avec l'essence même des fondations. Si le testateur avait légué ses biens à la fabrique, pour l'exonération des services religieux qu'il prescrivait, la cour aurait certainement maintenu le legs ; cependant il est certain qu'aucune libéralité n'aurait été faite à la fabrique, si, comme on le suppose, les biens légués étaient la rétribution exacte des services. En réalité, les établissements gratifiés ne sont jamais les vrais donataires ; ils reçoivent, avec charge de remplir un service. On pourrait dire du bureau de bienfaisance ce que la cour de Douai dit de la fabrique : S'il reçoit 10,000 fr. qu'il est chargé de distribuer aux pauvres, où est la libéralité ? Les vrais gratifiés, ce sont les pauvres.

Ici nous rencontrons une nouvelle objection, dans un arrêt de la cour de Bordeaux. La testatrice avait affecté 3,000 francs à faire dire des messes à son intention et à celle de ses parents dans l'église de sa paroisse. Cette espèce offrait une difficulté de moins : la fondation n'était pas perpétuelle. La cour décida que la fabrique, n'étant pas instituée, n'avait aucune qualité pour réclamer le legs. Il

(1) Douai, 30 mai 1853 (Dalloz, 1854, 2, 175).

n'y a point de legs sans libéralité, sans une personne gratifiée ; or, qui est le gratifié quand une messe est célébrée? Est-ce le ministre du culte? Il remplit un service pour lequel il est salarié. La testatrice n'a en vue qu'une chose, son intérêt spirituel et celui de ses parents. C'est dire que la vraie légataire, c'est la testatrice, ou son âme, ce qui revient au même (1). Voilà une étrange conception! Le testateur fait un legs à son âme! Cela ne prouverait-il pas que nous sommes dans le domaine des fictions, des illusions religieuses? L'âme du testateur reste ce que le testateur en a fait, en dépit des milliers de messes que l'on dit après sa mort. Le prêtre reçoit les deniers, c'est le profit le plus clair. Nous nous trompons; l'autorité de l'Eglise et son influence sur les esprits ne seraient-elles pas la raison principale pour laquelle le clergé a toujours tant favorisé les legs dits pieux? C'est donc bien dans l'intérêt de l'Eglise que se font ces legs; or, l'organe légal de cet intérêt, en tant qu'il est temporel, c'est la fabrique; donc c'est à la fabrique à gérer toute espèce de legs ayant pour objet des services religieux.

235. La jurisprudence du conseil d'Etat a également ses incertitudes et ses inconséquences. Quand la fondation est permanente, c'est-à-dire quand les services religieux doivent être acquittés annuellement, soit à perpétuité, soit pendant un nombre d'années plus ou moins grand, il n'y a pas de doute, la fabrique doit intervenir; il y a un service public en cause, celui du culte; la société et les familles sont intéressées à ce que l'autorisation soit exigée pour la validité du legs. Il y a plus, c'est le seul moyen d'en assurer l'exécution. Si la fondation est perpétuelle, ou de cent ans, comment les héritiers ou l'exécuteur testamentaire en surveilleront-ils l'accomplissement? Un legs pareil exige l'intervention d'une autorité permanente. Mais quand il s'agit de services religieux qui doivent être célébrés immédiatement après le décès du testateur, on considère le legs comme une charge qui

(1) Bordeaux, 23 juin 1856 (Dalloz, 1857, 2, 62). Dans le même sens, Caen, 30 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 43).

incombe soit à l'héritier, soit à l'exécuteur testamentaire. La distinction est peu juridique; et dans l'application, elle aboutit à une incertitude complète. En effet, on ajoute cette restriction que si un testateur disposait en termes généraux de tout son mobilier, ou d'une quotité de ses biens, le legs devrait être autorisé. On demanderait vainement la raison de cette distinction, il n'y en a point; pourquoi un legs à titre universel d'une valeur de 10,000 francs doit-il être autorisé, tandis qu'un legs à titre particulier de la même somme ne doit pas l'être? On finit par décider que c'est à l'administration à apprécier la question dans les différentes espèces : c'est dire qu'il n'y a aucune règle, aucun principe (1).

236. Les règles que le département de la justice suit en Belgique sont plus logiques et plus conformes aux principes. Quant aux fondations proprement dites, ayant un caractère de perpétuité ou de permanence, on exige l'intervention de la fabrique : les trésoriers des fabriques, dit un arrêté royal, ont seuls qualité pour percevoir les revenus des biens légués, et il appartient exclusivement au bureau des marguilliers de payer aux curés, vicaires et autres assistants, selon les règlements du diocèse, les messes, obits et services auxquels les fondations donnent lieu. L'arrêté ajoute : *de manière à ce que l'excédant des revenus profite aux fabriques* (2). Cette dernière clause prouve qu'il n'est pas exact de dire, comme le font les cours de France, que les fabriques n'ont aucun intérêt à accepter les legs pour services religieux; elles profitent indirectement de la libéralité. Dès qu'il s'agit de services religieux, la fabrique seule est compétente pour recevoir la libéralité.

Une testatrice avait fait des legs pieux, en chargeant la fabrique et le légataire ainsi que les représentants du légataire de l'exécution de ses dernières volontés. L'arrêté royal qui autorise la fabrique à accepter le legs décide que « les lois organiques du culte catholique n'admettent

(1) Vuillefroy, *Du culte catholique*, p. 398, note *a*.
(2) Arrêté royal du 8 mai 1848 (Circulaires, 1848, p. 180).

que les fabriques d'église pour régir les dotations de ces établissements; que par conséquent il y a lieu de réputer non écrite la clause qui réserve au légataire et, après lui, à ses représentants le droit d'intervenir dans la gestion des biens (1).

Une conséquence évidente découle de ces principes : si une libéralité, faite à un établissement de bienfaisance ou à tout autre, est grevée d'une charge pieuse ou d'une fondation de services religieux, la fabrique de l'église intéressée doit intervenir pour accepter cette charge. La circulaire du ministre de la justice, du 5 avril 1850, formule nettement le principe, en s'appuyant sur les dispositions du décret de 1809. Elle répond aux mauvaises raisons que la jurisprudence française, administrative et judiciaire, invoque contre les fabriques. Si la fabrique doit intervenir, ce n'est pas à raison du bénéfice que lui procurent les services religieux, quoique régulièrement il y ait bénéfice. « Ce sont, en réalité, dit très-bien le ministre, les services qui sont donataires ou légataires; les établissements ou administrations ne sont que des intermédiaires pour faire parvenir la libéralité à sa véritable destination. » La fabrique est donc capable par cela seul que le service que le donateur ou testateur a en vue rentre dans ses attributions, et cette capacité est exclusive : elle est le seul représentant légal du service religieux, et son intervention fournit le seul moyen légal d'en assurer l'exécution. Que l'on n'objecte donc pas aux fabriques le défaut d'intérêt; elles sont intéressées en ce sens que le service est assuré par leur intervention; elles sont instituées précisément pour satisfaire ce service; elles ont donc toujours intérêt et droit à intervenir (2).

Les députations permanentes, appelées, comme nous le dirons plus loin, à autoriser l'acceptation des legs d'une certaine valeur, n'ont pas toujours tenu compte de la circulaire du ministre. La députation d'Anvers s'est obstinée à autoriser les bureaux de bienfaisance à accepter des

(1) Arrêté du 24 juin 1856 (Circulaires, 1856, p. 397).
(2) Circulaire de M. de Haussy, du 5 avril 1850 (Circulaires, 1850, p. 124-128).

legs faits avec charge de services religieux, en obligeant les bureaux légataires à payer aux fabriques la somme nécessaire pour l'exonération des services. Ces décisions ont été annulées; l'arrêté royal qui les casse dit très-bien que le service religieux n'est assuré que si la fabrique, par son acceptation, s'oblige à l'exécution du legs, et que son intervention est encore indispensable pour lui donner action contre le bureau de bienfaisance (1).

237. Les fabriques représentent les paroisses. Représentent-elles aussi les hospices qui se trouvent dans la commune, lorsqu'il y a dans l'hospice une chapelle ou oratoire où se célèbrent les services religieux? Il a été décidé que si un legs est fait à l'hospice, avec charge de faire célébrer dans l'oratoire de l'hospice une messe pour le donateur, la commission des hospices est compétente pour remplir cette charge, sans que la fabrique doive intervenir. Il y a un motif de douter. Les hospices n'ont pas de mission religieuse; n'est-ce pas confondre la destination des divers établissements publics que de charger les hospices de l'exécution d'un service qui est de la compétence de la fabrique? Ce serait bien là notre avis. Toutefois la pratique est contraire : on suit comme règle que la commission des hospices a capacité à l'effet de pourvoir aux besoins moraux comme au soulagement matériel des pauvres entretenus dans ses établissements, et les messes rentrent dans les offices qui satisfont aux besoins religieux (2).

238. Un testateur lègue à une fabrique un capital dont le produit doit servir à payer les frais d'une messe anniversaire dans l'église paroissiale et de soixante messes basses dans une chapelle non reconnue. Il a été décidé que les chapelles qui n'ont point d'existence légale ne peuvent recevoir de dotation; en conséquence, la charge est attribuée à l'église paroissiale (3). Quand les chapelles ont-elles une existence légale? La question est assez singulière sous l'empire d'une constitution qui défend à l'Etat

(1) Arrêté du 12 avril 1851 (Circulaires, 1851, p. 367).
(2) Arrêté du 31 mars 1866 (Circulaires, 1866, p. 412).
(3) Arrêté du 4 février 1863 (Circulaires, 1863, p. 410).

d'intervenir dans la nomination des ministres du culte. En réalité, il intervient dans l'établissement des évêchés, des cures et des succursales, parce qu'il est obligé de payer le traitement des titulaires; il faut pour cela le concours de l'Etat et de ce qu'on appelle l'autorité religieuse. Voilà donc l'Etat qui est juge des besoins religieux! Quoi qu'il en soit, c'est cette intervention de l'Etat qui donne un caractère légal aux chapelles. Les chapelles non reconnues n'existent pas aux yeux de la loi. Elles ne peuvent recevoir de don, ni directement, ni indirectement, par l'intermédiaire de la fabrique; celle-ci ne peut certes pas faire fonction de personne interposée pour transmettre une libéralité à un incapable. Les services seront célébrés dans l'église paroissiale (1). Par la même raison, on ne peut imposer à la fabrique la charge d'entretenir une chapelle privée appartenant au testateur; c'est à l'héritier propriétaire d'entretenir sa chose; la charge, en ce qui concerne la fabrique, est contraire aux lois, donc réputée non écrite, aux termes de l'article 900 (2).

2. *Libéralités faites à la fabrique pour les ministres du culte.*

239. Le concordat du 26 messidor an IX porte (art. 15) que le gouvernement prendra des mesures pour que les catholiques puissent faire des fondations en faveur des églises. En exécution de cette promesse, les articles organiques du 18 germinal an X (art. 73 et 74) statuèrent que les fondations ayant pour objet l'entretien des ministres ou l'exercice du culte ne pourraient consister qu'en rentes constituées sur l'Etat, à l'exception des édifices destinés au logement et des jardins attenants. « L'autorité civile, dit Portalis, a toujours été en droit et en possession de régler la nature des biens que les ecclésiastiques peuvent posséder, parce que ce point intéresse essentiellement l'Etat. » On comprend les motifs de la disposition restrictive des articles organiques; elle a pour

(1) Arrêtés du 22 janvier 1864 (Circulaires, 1864, p. 20) et du 24 octobre 1866 (Circulaires, 1866, p. 509).
(2) Arrêté du 17 avril 1862 (Circulaires, 1862, p. 267).

objet d'empêcher les établissements ecclésiastiques de concentrer entre leurs mains des biens de mainmorte, et de reconstituer ainsi le patrimoine de l'Eglise que la révolution a supprimé.

En réalité, les dons faits aux fabriques, dans l'intérêt des ministres du culte, n'ont pas l'importance que le législateur redoutait. Le clergé a trouvé des rivaux redoutables dans les moines; ce sont les ordres religieux qui attirent toutes les libéralités des fidèles. Celles que les fabriques reçoivent sont peu nombreuses et d'une minime importance, en comparaison des biens dont les testateurs et les testatrices comblent les frères et les sœurs. Toutefois le principe doit être maintenu, même pour les libéralités de peu de valeur, la loi n'ayant pas fait d'exception. Une demoiselle lègue des biens immeubles à la fabrique, à la charge de faire célébrer quarante messes basses par année; elle ajoute que, pour honoraires, elle veut que la fabrique laisse au curé célébrant la jouissance des biens affectés à la fondation. L'arrêté royal décida que cette clause était contraire à l'article 74 des lois organiques qui porte que des immeubles, autres que les édifices destinés au logement et les jardins y attenants ne peuvent être affectés à des titres ecclésiastiques, ni être possédés par les ministres du culte à raison de leurs fonctions; la clause étant réputée non écrite, le legs devenait pur et simple, sauf, bien entendu, à la fabrique à rémunérer le curé célébrant conformément au tarif du diocèse (1). Même décision pour un legs de vingt-quatre ares de prairie fait à la fabrique, avec l'affectation que le desservant en aurait la jouissance, « moyennant de faire blanchir le linge de la sacristie. » Comme il ne s'agissait pas d'un jardin attenant à la maison curiale, la charge était illégale, donc réputée non écrite (2). Par la même raison, un arrêté royal déclara non écrite la clause d'un testament qui léguait un terrain à la fabrique pour y construire une église, et ajoutait que le curé aurait la jouissance de ce

(1) Arrêté du 13 novembre 1859 (Circulaires, 1859, p. 469).
(2) Arrêté du 20 juin 1863 (Circulaires, 1863, p. 458).

terrain jusqu'à ce que la construction commençât (1). Il a été décidé que l'on ne peut pas même donner une rente au prêtre qui célèbre la messe, objet de la fondation, quoique la rente soit mobilière, car ce serait un traitement spécial, en dehors de celui que la loi accorde aux ministres du culte. En ce sens, la clause était illicite; les donatrices consentirent à la retirer (2).

240. Les curés et desservants ont seuls droit à une habitation; la loi organique ne mentionne pas les vicaires; il n'y a donc pas, légalement parlant, de maisons vicariales. D'où suit que les legs faits à la fabrique pour habitation du vicaire, et à charge de services religieux, ne peuvent pas être acceptés en cette forme. Les arrêtés royaux autorisent les fabriques à accepter la libéralité, en ajoutant qu'elles auront la faculté de faire servir la maison léguée à l'habitation du vicaire; c'est exécuter l'intention du testateur, autant qu'elle peut l'être d'après la loi (3). Un arrêté postérieur, plus explicite, considérant qu'aucune habitation n'est due au vicaire, décide que la fabrique aura la faculté de laisser habiter la maison léguée par le vicaire, moyennant un loyer basé sur la valeur locative (4). Dans une autre espèce, le testateur, voulant prévenir toute difficulté, fixait lui-même à trente francs le loyer annuel que le vicaire devait payer. Même ainsi formulée, la charge n'était pas légale; les fabriques n'ont pas le droit de louer leurs biens en dessous du prix courant; en conséquence, l'arrêté royal décida que la fabrique aurait la faculté de louer la maison au vicaire moyennant un loyer basé sur la valeur locative (5).

Il en faut dire autant des chanoines; ils n'ont pas droit à une habitation; la fabrique ne peut donc être autorisée à leur louer à prix réduit une maison léguée. Une clause pareille se trouvait dans une donation faite par le doyen du chapitre métropolitain de Malines; elle fut retirée par

(1) Arrêté royal du 30 janvier 1864 (Circulaires, 1864, p. 32).
(2) Arrêté royal du 23 novembre 1864 (Circulaires, 1864, p. 119).
(3) Arrêté du 4 octobre 1864 (Circulaires, 1864, p. 93).
(4) Arrêté du 14 février 1868 (Circulaires, 1868, p. 256).
(5) Arrêté du 26 août 1866 (Circulaires, 1866, p. 494).

le donateur sur les observations que lui fit le département de la justice (1). Un vicaire général avait fait une donation semblable en faveur des vicaires généraux qui voudraient prendre à bail la maison donnée ; il ne fixait aucun prix, mais la fabrique devait toujours leur donner la préférence ; la clause fut déclarée non écrite, parce qu'elle avait pour résultat de vinculer à perpétuité le droit de propriété de la fabrique au profit d'un titulaire à l'égard duquel elle n'a aucune obligation légale (2).

Les sacristains, sonneurs ou clercs n'ont pas davantage droit à une habitation. Une demoiselle avait légué à la fabrique une maison pour servir de demeure au sacristain ou au sonneur de la paroisse, et à charge de services religieux. La charge fut effacée ; les fabriques doivent, à la vérité, salarier les sacristains, mais cela se fait sous forme de traitement, et non en leur accordant un logement gratuit. D'un autre côté, il résulte du concordat et des lois organiques que les immeubles nécessaires au culte et au logement des archevêques, évêques, curés et desservants sont les seuls dont la jouissance puisse être laissée en nature ; tous les autres biens des fabriques doivent être affermés, en vertu du décret du 30 décembre 1809 (art. 60), et le produit en doit être affecté aux besoins du culte (3). Quand le legs est fait au profit d'un clerc, avec clause d'un loyer réduit, on décide que la fabrique aura la faculté de louer, mais pour un prix basé sur la valeur locative (4).

III. *Libéralités faites pour l'enseignement.*

L'ENSEIGNEMENT RELIGIEUX.

241. Les fabriques peuvent-elles recevoir des libéralités en faveur de l'enseignement religieux, c'est-à-dire du catéchisme qui s'enseigne par les ministres du culte? Cela

(1) Arrêté du 27 mars 1861 (Circulaires, 1861, p. 45).
(2) Arrêté du 15 avril 1867 (Circulaires, 1867, p. 83).
(3) Arrêté du 30 janvier 1864 (Circulaires, 1864, p. 34).
(4) Arrêtés du 25 février 1869 (Circulaires, 1869, p. 439) et du 23 janvier 1864 (Circulaires, 1864, p. 30).

nous paraît douteux. Les arrêtés qui autorisent l'acceptation de ces libéralités invoquent tantôt un article du décret de 1809, tantôt un autre; preuve qu'il n'y a point de disposition expresse qui fasse de l'instruction religieuse une charge pour les fabriques; et s'il n'y a point de charge, comment les fabriques auraient-elles qualité pour recevoir? L'article 37 énumère les obligations des fabriques; c'est d'ordinaire cette disposition qui est visée dans les arrêtés royaux. Il n'y a qu'une seule des charges que l'on puisse rapporter à l'enseignement religieux, c'est celle de fournir aux frais nécessaires du culte. Le mot culte a un sens très-large, mais l'article 37 définit en quoi consiste la charge qui incombe aux fabriques; et évidemment les vases sacrés, le linge, le luminaire, le pain et le vin n'ont rien de commun avec l'instruction. D'autres arrêtés citent les articles 59 et 60, aux termes desquels « tout acte contenant des dons ou legs à une fabrique sera remis au trésorier, et les biens donnés ou légués seront affermés. » Ces articles prescrivent des mesures d'exécution; mais avant d'exécuter les libéralités et de régir les biens, il faut voir si les libéralités sont valables. Il y a, à vrai dire, lacune dans le décret, mais cela décide la question contre les fabriques, car elles n'ont d'autres attributions que celles que la loi leur confère.

242. La jurisprudence administrative s'est prononcée en faveur des fabriques, mais avec des restrictions qui confirment nos doutes. Un chanoine donne à la fabrique une maison servant d'école dominicale, à la charge de lui conserver sa destination, c'est-à-dire d'y faire donner par le clergé de la paroisse l'instruction religieuse aux enfants qui s'y réunissent le dimanche. Cette charge fut considérée par le département de la justice comme contraire à la loi; le donateur la retira (1). C'est décider que le catéchisme n'a rien de commun avec la charge du culte qui incombe aux fabriques. Un vicaire lègue à la fabrique quelques parcelles de terrain, à charge, entre autres, de distribuer chaque année des prix ou des récompenses,

(1) Arrêté du 19 mars 1860 (Circulaires, 1860, p. 607).

ayant au moins une valeur de vingt francs, aux enfants qui fréquentent le catéchisme avec le plus de mérite. Un arrêté royal autorisa l'acceptation du legs (1). Si l'enseignement religieux n'est pas une charge pour les fabriques, nous ne comprenons pas qu'elles aient capacité de recevoir des dons en faveur de cet enseignement. Une rente est léguée à une église, à charge d'employer la moitié du revenu annuel en distributions de pains aux pauvres qui assistent au catéchisme. L'arrêté royal considère cette distribution comme un prix destiné à encourager l'enseignement religieux (2). Il est douteux que ce soit là un prix; les prix se donnent, non à raison de la pauvreté, mais à raison du mérite de ceux qui les reçoivent. Et en supposant que ce soit un prix, la fabrique a-t-elle mission de distribuer des prix?

Un autre arrêté attribue à la fabrique un legs que le testateur avait fait au desservant, en le chargeant d'employer un revenu annuel de vingt francs pour favoriser l'instruction chrétienne des enfants pauvres. On lit dans les considérants qu'il résulte du décret de 1809 (art. 37) que les fabriques d'église ont aussi bien qualité pour répandre l'instruction religieuse que pour satisfaire aux besoins matériels du culte (3). Nous convenons volontiers qu'il en devrait être ainsi, mais nous ne voyons rien dans l'article 37 qui marque que telle soit la volonté du législateur.

L'ENSEIGNEMENT LAÏQUE.

243. En supposant que les fabriques aient qualité pour répandre l'enseignement religieux, il nous semble évident qu'elles sont absolument incompétentes pour établir et diriger une école laïque. Cependant la cour de cassation de France a jugé le contraire; cela prouve que les principes qui régissent cette matière sont ignorés par les meilleurs jurisconsultes. Une dame de la religion ré-

(1) Arrêté du 23 décembre 1863 (Circulaires, 1863, p. 536).
(2) Arrêté du 14 août 1856 (Circulaires, 1856, p. 456). Comparez arrêté du 25 septembre 1856 (Circulaires, 1856, p. 482).
(3) Arrêté du 11 septembre 1866 (Circulaires, 1866, p. 498).

formée lègue au consistoire des chrétiens de la confession d'Augsbourg plusieurs capitaux, sous la charge d'employer les revenus annuels à l'entretien de l'école gratuite attachée à l'église. Cette école était au nombre des établissements communaux d'instruction primaire entretenus par la ville de Paris. C'était donc pour un service communal que le legs était fait. Les plus simples notions de droit demandaient que la commune fût autorisée à accepter le legs, comme le préfet de la Seine en fit la demande. La cour de Paris décida que la testatrice avait entendu gratifier le consistoire et non la ville de Paris. Il est plus vrai de dire que la libéralité était faite pour l'enseignement, et pour l'enseignement public, puisque l'école dépendait de la commune. De là suit que le consistoire était sans qualité aucune pour recevoir une libéralité destinée à un service dont il n'est point chargé. C'est la commune qui est chargée de ce service, c'était donc à elle de recueillir le legs (1). Néanmoins la cour de cassation rejeta le pourvoi. Elle dit que l'attribution faite du legs au consistoire est très-légale. L'arrêt invoque *la législation en général*, comme autorisant de pareilles libéralités. Quelle est cette *législation en général* (2)? L'arrêtiste cite la loi française du 2 janvier 1817, dont l'article 1er est ainsi conçu : « Tout établissement ecclésiastique reconnu par la loi pourra accepter, avec l'autorisation du roi, tous les biens meubles, immeubles ou rentes qui lui seront donnés par acte entre-vifs ou par acte de dernière volonté. » Sans doute, ils sont capables, mais dans quelles limites? Serait-ce une capacité illimitée? Les consistoires pourraient donc recevoir pour faire le commerce? pour établir une usine? pour exploiter un théâtre? N'est-ce pas un principe élémentaire que les établissements d'utilité publique n'ont qu'une capacité relative? Capables dans les limites de leurs attributions, ils deviennent incapables dès que la libéralité est étrangère à la mission qu'ils ont à remplir.

(1) Comparez, plus haut, n° 203, p. 281.
(2) Rejet, 18 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 137).

244. Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique sur une question analogue. Un curé donne cinq hectares de terre à une fabrique d'église pour la fondation d'une école catholique et d'une messe anniversaire; il exclut formellement l'autorité civile de la direction de l'école. L'arrêté royal autorisa la fabrique à accepter la libéralité. Les héritiers du donateur attaquèrent la donation, par le motif que les fabriques sont incapables de recevoir une libéralité faite à l'instruction. Leur réclamation fut rejetée par la cour de Bruxelles. L'arrêt dit que les fabriques ont la capacité générale d'acquérir des biens. Ici est l'erreur, capitale à notre avis, de la cour de Bruxelles comme de la cour de cassation de France. Il n'y a point de capacité générale pour les établissements d'utilité publique; ils sont, au contraire, incapables dans la rigueur du droit, et ils ne deviennent capables, par exception, que si la libéralité est destinée au service dont ils sont chargés. Leur capacité est donc limitée et spéciale : hors des limites légales, ils sont incapables. Or, en Belgique, on ne conteste plus que les fabriques soient incapables de recevoir pour le service de l'enseignement; la cour de Bruxelles aurait certainement annulé une pareille libéralité. Pour la valider, elle dit que la fondation d'une école n'était pas la véritable cause de la donation; que l'intention du donateur était, au contraire, d'avantager directement la fabrique, en grevant la libéralité de certaines charges. Cette intention, d'après l'arrêt, résultait de la circonstance que les revenus des biens donnés excédaient notablement les sommes nécessaires pour la fondation. C'est un motif bien faible, comme tous ceux que donne l'arrêt. Qui peut fixer au juste la dépense que nécessite une école? La dépense va toujours en croissant, à mesure que la population augmente. D'un autre côté, plus les ressources sont grandes, mieux l'école pourra être organisée. Dès lors, il est inexact de dire que le donateur a voulu faire autre chose que ce qu'il a dit : il a voulu fonder une école catholique en dehors de l'action de la commune. Il n'en avait pas le droit, car cette école catholique ne pouvait être qu'une école libre, et on

ne peut pas faire de libéralité en faveur de l'enseignement libre. Restait à savoir si la charge devait être réputée non écrite en vertu de l'article 900, ou si la donation devait être annulée comme faite à un incapable. Dans notre opinion, la question n'est pas douteuse : la libéralité était faite à un incapable, donc nulle (n° 203). On ne pouvait pas dire que le testateur avait voulu gratifier l'enseignement public, puisqu'il excluait l'autorité civile, qui en est le représentant légal. On ne pouvait pas dire qu'il avait voulu gratifier les enfants pauvres, il n'en parlait pas. Sa libéralité s'adressait à une école catholique, c'est-à-dire libre, incapable, comme telle, de recevoir ; donc le legs était nul. L'article 900 était inapplicable. Il suppose un légataire capable et une charge illicite. Or, dans l'espèce, il n'y avait pas de légataire capable ; il y avait, au contraire, un légataire incapable, l'enseignement libre ; partant le legs aurait dû être annulé.

Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour de cassation s'est crue liée par l'appréciation que la cour de Bruxelles avait faite de l'intention du donateur (1). Il y a sans doute une question d'intention dans ces débats : il s'agit de savoir qui est le gratifié. Est-ce l'enseignement libre? sont-ce les pauvres? Dans l'espèce, la clause n'était pas douteuse, le testateur s'en étant expliqué formellement.

245. La jurisprudence administrative est favorable à notre opinion. Un avis du comité de l'intérieur du conseil d'Etat décide que les fabriques ne peuvent être autorisées à accepter une donation faite pour tout autre objet que le service de l'église qui lui est confié, le service d'une école, par exemple, parce qu'il n'entre pas dans les attributions des fabriques d'établir ni d'entretenir des écoles (2). En Belgique, le département de la justice suit la même règle. Un legs est fait à une fabrique, à la condition de l'employer à l'habitation d'un vicaire et, à défaut de cette

(1) Bruxelles, 18 janvier 1869, et Rejet, du 10 mars 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 1, 243).
(2) Avis du 15 avril et du 17 juin 1836 (Vuillefroy, *Culte catholique*, p. 290, note *a*).

destination, à une école de filles. Il a été décidé que la commune avait seule qualité pour recevoir cette libéralité, puisqu'elle est chargée par la loi du service de l'enseignement (1). Dans l'espèce, le legs ne s'adressait pas à une école libre, au moins d'après les termes de l'acte; on pouvait donc dire qu'il était fait pour l'enseignement primaire, dont la commune est le représentant légal. Partant le legs était valable; mais le testateur s'était trompé en léguant à la fabrique; l'arrêté royal redressa l'erreur. Un desservant lègue au curé la maison d'école tenue par les religieuses, avec son jardin, afin qu'il continue l'école gardienne que le testateur avait établie, et il donne à la fabrique tout ce qu'il possède en meubles et immeubles, au profit de la même école. L'arrêté royal autorisa le conseil communal à accepter les deux legs (2). Dans ce cas encore, la libéralité pouvait être maintenue, comme étant faite au profit de l'enseignement en général.

Les mêmes principes s'appliquent aux consistoires protestants; ils n'ont aucune qualité pour recevoir des libéralités au profit de l'instruction primaire : cette matière, dit un arrêté royal, est étrangère à l'objet de leur institution légale, et par suite à leur capacité comme personne civile. Dans l'espèce, une dame avait légué au consistoire évangélique cent actions de la Société Générale, de cinq cents florins chacune; le legs était consacré au maintien des établissements d'instruction qui dépendaient dudit consistoire. L'objet du legs déterminait la capacité de la commune, puisque l'enseignement est un service communal (3). Cela suppose, bien entendu, que les écoles dépendantes du consistoire étaient des écoles publiques, puisque l'enseignement public peut seul recevoir des libéralités. Si les écoles dépendaient uniquement du consistoire, le legs devrait être annulé; on ne pourrait l'attribuer à la commune, car le legs devient caduc quand le légataire est incapable, il ne peut par conséquent profiter à personne.

(1) Arrêté du 31 décembre 1867 (Circulaires, 1867, p. 234).
(2) Arrêté du 22 janvier 1865 (Circulaires, 1865, p. 147). Comparez arrêté du 8 décembre 1863 (Circulaires, 1863, p. 527).
(3) Arrêté du 19 mars 1862 (Circulaires, 1862, p. 244).

Il est souvent très-difficile de distinguer si la libéralité est faite au profit de l'enseignement libre ou au profit de l'enseignement en général. C'est au gouvernement à apprécier l'intention du disposant, et, s'il y a lieu, aux tribunaux. De cette distinction dépend la validité ou la nullité de la disposition. L'enseignement libre ne peut pas être gratifié, donc la libéralité tombe par incapacité de celui qui devait la recevoir; il n'y a pas lieu d'autoriser la commune à accepter, car il n'y a rien à accepter. Si, au contraire, la libéralité s'adresse aux pauvres, ou à l'enseignement en général, la disposition recevra son exécution, lors même que le disposant aurait désigné la fabrique pour la recevoir; c'est une fausse désignation, que l'arrêté royal peut corriger en mettant la commune à la place de la fabrique.

246. Il y a d'anciennes fondations qui étaient régies par des administrateurs spéciaux. Les biens de ces fondations doivent être remis aux communes, les fabriques aussi bien que les administrateurs spéciaux étant incapables de les gérer. Cela a été décidé ainsi pour une fondation faite en 1785 par la comtesse Vandernoot (1). Une décision identique a été prise pour une école dépendant d'une fabrique à Gand : le bâtiment a été remis à la commune, et l'école placée sous la direction de l'autorité communale. Cette décision n'est pas en opposition avec la loi de 1864 sur les fondations. Aux termes de l'article 52, « les établissements publics qui posséderaient des biens grevés de charges au profit de l'enseignement public, conserveront la régie de ces biens, sous l'obligation de mettre à la disposition des diverses administrations compétentes les revenus affectés à l'une ou l'autre branche de l'enseignement public. » Cette disposition suppose que l'établissement a qualité de posséder les biens, mais que les biens sont grevés d'une charge au profit de l'instruction publique; dans ce cas, l'établissement conserve la gestion, sauf à remettre le montant de la charge à la commune, à la province ou à l'Etat. Mais s'il s'agit d'une fondation

(1) Arrêté du 9 mai 1860 (Circulaires, 1860, p. 634).

exclusivement affectée à l'enseignement, la commune seule, ou, s'il y a lieu, l'Etat ou la province ont qualité de la gérer ; les biens mêmes doivent être remis, en ce cas, à qui de droit.

IV. *Des aumônes que les fabriques peuvent recevoir.*

247. La loi organique du concordat porte (art. 76) : « Il sera établi des fabriques pour veiller à l'entretien et à la conservation des temples, *à l'administration des aumônes.* » Quelles sont ces *aumônes?* Portalis croyait qu'elles comprenaient non-seulement les aumônes offertes pour les frais du culte, l'entretien et la conservation des temples, mais aussi les dons et aumônes en faveur des pauvres, notamment le produit des quêtes faites en leur faveur dans les églises. Il se fondait sur la signification ordinaire du mot *aumônes* (1). Sous l'ancien régime, il en était ainsi. L'Eglise était un établissement de charité, et la charité laïque n'étant pas organisée, rien de plus naturel que de confier la distribution des aumônes soit aux ministres du culte, soit aux fabriques. Il n'en peut plus être ainsi sous un régime qui confie à un établissement spécial, au bureau de bienfaisance, le soin de distribuer les aumônes à domicile ; conçoit-on que, pour un seul et même service, il y ait deux établissements distincts, indépendants? Ce serait l'anarchie organisée. Le décret de 1809 sur les fabriques reproduit la disposition des articles organiques, mais il en limite en même temps le sens. « Les fabriques sont chargées de veiller à l'entretien et à la conservation des temples, d'administrer les *aumônes...*, et *généralement tous les fonds qui sont affectés à l'exercice du culte.* » Les *aumônes* dont parle le décret sont donc aussi affectées au service du culte. En 1814, les vieilles prétentions de l'Eglise se réveillèrent en Belgique plus que partout ailleurs. Quand les évêques demandaient le rétablissement des dîmes, il ne faut pas s'étonner que les fabriques aient prétendu régir les legs faits aux pau-

(1) Portalis, Discours et rapports, p. 424 et suiv.

vres. Le gouvernement se hâta de les désabuser, en leur rappelant que la loi organise des bureaux de bienfaisance chargés exclusivement de l'administration des legs et autres fondations faites au profit des pauvres. Après 1830, les mêmes prétentions se firent jour. L'archevêque de Malines réclama la gestion de toutes les aumônes au profit des fabriques. Le ministre de la justice, qui a eu le mérite d'inaugurer le régime légal en cette matière, lui répondit longuement. Nous croyons inutile de reproduire ce débat, la chose étant par trop évidente : le décret de 1809 est clair, les auteurs sont unanimes, et la pratique administrative est constante. Le ministre donne néanmoins une satisfaction aux testateurs : c'est que le bureau de bienfaisance tiendra compte de leurs vœux dans la distribution dont il est chargé (1). Il va sans dire que c'est là une simple faculté pour le bureau; il ne saurait être question d'une obligation.

248. Tel est le principe que le gouvernement suit depuis 1849 : le bureau de bienfaisance est le seul représentant légal des pauvres; lui seul peut donc recevoir des dons et legs qui doivent leur être distribués. Il n'appartient pas aux donateurs de déroger à une loi qui est d'ordre public. Lorsqu'ils désignent d'autres établissements, ou des titulaires d'offices ecclésiastiques ou civils, ou des particuliers, cette clause, étant contraire à la loi, est réputée non écrite, aux termes de l'article 900, et la loi reprend son empire : la libéralité est acceptée par le bureau de bienfaisance et administrée par lui. Pour satisfaire aux volontés du défunt, autant que la loi le permet, l'arrêté royal qui autorise l'acceptation, recommande au bureau de bienfaisance de s'aider du concours des distributeurs que le testateur a désignés (n[os] 213, 215, 217) (2).

Cette règle est sans exception. Il y a des dons faits

(1) De Haussy, Lettre à l'archevêque de Malines du 29 décembre 1849 (Circulaires, 1849, p. 113 et suiv.).

(2) Arrêté du 8 mai 1858 (Circulaires, 1858, p. 90), et arrêté du 2 juillet 1858 (Circulaires, 1858, p. 119). La jurisprudence contraire des cours de France n'est pas conforme aux principes : Rejet, 5 mai 1856 (Dalloz, 1857, 1, 37). Comparez Agen, 3 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 2, 41).

aux pauvres qui ont un certain caractère de piété, en ce sens que la piété les inspire et qu'ils sont distribués à l'occasion de cérémonies religieuses. C'est cette raison, sans doute, et une vieille habitude qui engagent les testateurs à faire ces legs à la fabrique : tels sont les legs destinés à procurer des habillements aux enfants pauvres qui font leur première communion. Il suffit que les pauvres soient gratifiés pour que le bureau de bienfaisance, leur représentant légal, doive intervenir (1). Il en est de même des aumônes qui se distribuent aux pauvres lors des services religieux fondés par le testateur ; ce n'est pas l'Eglise qui est gratifiée, ce sont les pauvres, ce qui exige l'intervention du bureau de bienfaisance (2). Parfois le testateur fait tout ensemble des legs au bureau de bienfaisance et à la fabrique, dans la bonne intention que tous les pauvres profitent de ses aumônes ; cela n'empêche pas le bureau de bienfaisance d'être le seul distributeur légal (3), sauf à se mettre en rapport avec la fabrique, pour que les intentions du testateur reçoivent leur exécution. Il y a un arrêté qui, sous ce rapport, nous paraît aller trop loin. Une somme de 300 francs est léguée à la fabrique, à charge de distribuer annuellement, à l'issue de chaque anniversaire, aux pauvres qui y assisteront, des pains pour une somme de 5 francs. La députation permanente du conseil provincial d'Anvers autorisa la fabrique à accepter ce legs. Son arrêté fut annulé ; l'arrêté royal qui autorisa le bureau de bienfaisance à l'accepter ajoute que ledit bureau aura la faculté de laisser faire, sous son contrôle, les distributions par le conseil de fabrique ou son délégué (4). Cela n'est pas régulier ; c'est le bureau de bienfaisance qui distribue, et il importe qu'il intervienne, afin que l'on sache qui est le distributeur légal des aumônes, puisque des autorités consti-

(1) Arrêtés du 22 février 1858 (Circulaires, 1858, p. 12), et du 31 juillet 1867 (Circulaires, 1867, p. 148).
(2) Arrêtés du 29 janvier 1869 (Circulaires, 1869, p. 413), et du 22 janvier 1864 (Circulaires, 1864, p. 20).
(3) Arrêté du 4 février 1863 (Circulaires, 1863, p. 410).
(4) Arrêté du 17 décembre 1852 (Circulaires, 1852, p. 286).

tuées, telles que les députations permanentes, s'obstinent à l'ignorer.

V. Incapacité des fabriques pour recevoir toute autre libéralité.

249. En dehors des attributions que la loi confie aux fabriques, celles-ci sont incapables de recevoir une libéralité. Le principe est fondamental, il s'applique à tous établissements d'utilité publique. Il n'y en a point qui soient plus envahissants que ceux qui dépendent de l'Eglise. Raison de plus pour tenir rigoureusement à l'exécution de la loi.

250. Il y a, en Belgique, un grand nombre de confréries : peuvent-elles recevoir directement ou indirectement des libéralités? La jurisprudence administrative a varié. Un curé fait des legs aux diverses confréries attachées à son église; l'arrêté royal autorisa la fabrique à accepter ces dons, sous la réserve que l'emploi des sommes léguées au profit des confréries et des sociétés religieuses indiquées dans le testament comme dépendantes de l'église, fût réglé de commun accord avec le conseil de la fabrique, et justifié dans le budget et le compte (1). Un autre arrêté refusa à la fabrique l'autorisation d'accepter un legs fait à charge de remettre certaines sommes à des confréries, attendu que celles-ci n'avaient point d'existence légale et ne pouvaient ni acquérir ni posséder comme personnes civiles (2). La raison nous paraît décisive. Sous l'ancien régime, les confréries, comme tous les établissements ecclésiastiques, avaient une existence civile, elles possédaient des biens, et elles pouvaient recevoir des dons et legs. Mais elles ont été supprimées par la loi du 18 août 1792; leurs biens ont été vendus comme domaines nationaux, ceux qui n'ont pas été vendus ont été attribués aux fabriques (3). Depuis le concordat, ces confréries se sont reconstituées; en France, on les tolère, en Belgique, elles ont le droit de se former en vertu de

(1) Arrêté du 26 novembre 1861 (Circulaires, 1861, p. 171).
(2) Arrêté du 24 janvier 1867 (Circulaires, 1867, p. 8).
(3) Vuillefroy, *De l'administration du culte catholique*, p. 151-154.

la libérté d'association, mais il va sans dire qu'elles ne jouissent pas de la personnification; le gouvernement ne pourrait pas même la leur accorder; donc elles sont incapables de recevoir, soit directement, soit indirectement. Le principe n'est pas douteux. Mais la pratique administrative s'en écarte parfois; à notre avis, elle n'en a pas le droit.

251. Les fabriques peuvent-elles recevoir des legs à charge de faire donner une mission dans l'église? Un desservant avait légué, avec cette destination, un capital de mille francs à deux fabriques, en ajoutant que les missions seraient faites par des religieux, s'il y avait possibilité. L'arrêté royal refusa d'autoriser l'acceptation de ces legs. D'après notre constitution, les religieux peuvent faire des missions si les fabriques veulent leur donner à cet effet l'usage des temples destinés au culte. Mais de là ne suit pas que les fabriques aient le droit de recevoir des libéralités pour favoriser les missions; il faudrait pour cela qu'elles fussent chargées de recevoir les missionnaires. Or, nos lois ignorent les missions; il ne peut donc être question d'une attribution ni d'une charge légale. La législation française défend, au contraire, les missions à l'intérieur (décret du 26 septembre 1809); bien que cette défense n'existe plus, elle prouve au moins qu'il n'entrait pas dans l'intention de l'empereur, en 1809, de favoriser les missions, ni d'en faire une charge pour les fabriques. Cela décide la question (1).

2. DES COMMUNES.

252. La commune intervient dans le culte, comme dans tout ce qui est d'intérêt communal, en ce sens qu'elle doit pourvoir aux besoins religieux des habitants. Elle est obligée d'accorder des subsides aux fabriques, comme elle en donne aux bureaux de bienfaisance et aux hospices en cas d'insuffisance de leurs revenus. Quand la population s'accroît, que de nouveaux quartiers se for-

(1) Arrêté du 31 décembre 1867 (Circulaires, 1867, p. 234).

ment, il faut des églises nouvelles : c'est la commune qui les construit. De là suit qu'elle peut recevoir des dons et legs ayant pour destination la construction d'une église. Il y a un arrêté royal en ce sens (1).

Quand le roi autorise l'acceptation d'un legs, c'est toujours sous la réserve du droit des tiers. Les héritiers légitimes, dans l'espèce, contestèrent la validité du legs et, par suite, de l'autorisation royale. Il fut jugé par la cour de Bruxelles, comme le roi l'avait décidé, que la construction d'une église, nécessaire à l'exercice du culte, constitue un intérêt communal, à raison duquel la commune peut recevoir des dons et legs. Les héritiers faisaient de singulières objections : le legs était nul, disaient-ils, pour cause d'incertitude de la personne gratifiée. Qui est gratifié dans un legs fait pour la construction d'une église? C'est le service public, le culte, les besoins religieux des habitants. Y a-t-il un représentant légal de ce service? On ne saurait nier que la commune n'ait qualité pour construire une église, donc elle a aussi le droit de recevoir les dons et legs qui ont cette destination ; où est donc l'incertitude de la personne gratifiée? Nous croyons inutile de nous arrêter aux autres objections ; elles avaient encore moins de valeur ; l'arrêt en fait justice (2).

253. Est-ce la commune ou la fabrique qui a qualité pour recevoir une libéralité ayant pour objet l'établissement d'un cimetière? Il y a, sur cette question, un avis du comité de législation du conseil d'Etat. « Les lieux de sépulture, dit-il, doivent servir à tous les habitants d'une commune, sans distinction de culte ; ils sont soumis exclusivement à l'autorité, police et surveillance de l'autorité municipale ; il convient dès lors qu'ils appartiennent aux communes et non aux fabriques. » Le comité conclut qu'il n'y a pas lieu d'autoriser les fabriques à accepter le legs d'un terrain, avec condition d'en faire un cimetière (3). En Belgique, la jurisprudence attribue la propriété des cime-

(1) Arrêté du 19 décembre 1861 (Circulaires, 1861, p. 157).
(2) Bruxelles, 16 janvier 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 298).
(3) Avis du 18 novembre 1840 (Vuillefroy, *Culte catholique*, p. 290, note a).

tières aux fabriques, jurisprudence très-douteuse, qui, en tout cas, ne répond pas aux motifs d'ordre public que nous venons de transcrire. Aussi le gouvernement n'autorise-t-il pas les fabriques à accepter les dons qui leur sont faits pour établissement de cimetières. C'est la commune qui est chargée du service des inhumations ; c'est donc elle seule qui a capacité de recevoir quand ce service est en cause (1).

254. Il s'est élevé une légère difficulté au sujet d'une libéralité faite pour l'ensevelissement des pauvres. Une dame, voulant établir l'égalité entre les morts, légua la moitié de quatre maisons qui lui appartenaient, « pour faire de meilleurs cercueils pour les pauvres, et que les pauvres entrent dans l'église pour l'enterrement comme nous, puisque les pauvres sont devant Dieu comme les riches. Et toute la valeur des rentes et obligations reste pour les vêtir, je dis une chemise de toile, soit pour homme, femme ou enfant, je dis pour autant de pauvres que la valeur des rentes et obligations contiendra. » Nous transcrivons les paroles incorrectes de la testatrice, et nous recommandons la belle pensée qu'elles expriment à ceux qui prêchent l'égalité et ne la pratiquent guère. Qui avait capacité pour recueillir ce legs? Un premier arrêté autorisa le conseil général d'administration des hospices et secours de la ville de Bruxelles à l'accepter ; cela était conforme à la pratique longtemps suivie qui met les frais d'ensevelissement des pauvres à charge du bureau de bienfaisance. Mais le gouvernement ayant considéré ces frais comme une charge de la commune, le conseil général décida qu'il n'avait aucun intérêt ni par conséquent aucun droit à accepter ledit legs. Un nouvel arrêté attribua le legs au conseil communal. La question ayant été portée devant les tribunaux, la cour de Bruxelles se prononça dans le même sens (2).

(1) Arrêté du 14 février 1865 (Circulaires, 1865, p. 157).
(2) Bruxelles, 22 mai 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 287).

III. *Droits des fondateurs.*

255. Les lois, pour favoriser les libéralités faites en faveur de la bienfaisance publique ou de l'enseignement, donnent certains droits aux fondateurs. Il importe de les connaître, afin de savoir quelles clauses les donateurs ou testateurs peuvent insérer dans leurs actes, et quelles clauses sont contraires aux lois et réputées non écrites.

Nous avons rapporté ailleurs les dispositions qui concernent les hospices (1); les voici en substance. Les fondateurs d'hospices ou autres établissements de charité peuvent se réserver le droit de concourir à la direction des établissements qu'ils ont dotés, et d'assister avec voix délibérative aux séances de leurs administrations, ou à l'examen et à la vérification des comptes. Ils peuvent stipuler le même droit au profit de leurs héritiers, mais il faut que l'acte indique les successeurs appelés à exercer ce droit (2).

Les fondateurs de lits dans un hospice peuvent se réserver le droit de présentation; ce droit peut aussi être stipulé au profit des héritiers (3). Un arrêté du 11 fructidor an XI porte que le fonds nécessaire à l'entretien de chaque lit fondé dans les hospices de Paris est fixé, à l'égard des malades, à 500 francs de revenu net et à 400 francs pour les incurables. Dans les cas où les revenus seraient inférieurs, les fondateurs ou leurs représentants ne pourront jouir du droit de présentation qu'en suppléant le déficit par une nouvelle concession (art. 3). Cette disposition a été généralisée dans la pratique : elle forme donc la condition sous laquelle le droit de présentation peut être exercé.

256. La loi du 19 décembre 1864 (art. 15) contient une disposition analogue à celle du décret de 1806. « Tout fondateur qui aura donné ou légué, au profit de l'ensei-

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 194 et suiv., Annexe du chapitre III du titre *des Successions*.
(2) Décret du 31 juillet 1806, art. 1.
(3) Décret du 28 fructidor an X.

gnement, une dotation suffisante pour la création d'un établissement complet, pourra se réserver pour lui ou pour un ou deux de ses parents mâles les plus proches le droit de concourir à la direction de cet établissement et d'assister, avec voix délibérative, aux séances de l'administration directrice. Il est donné annuellement au fondateur ou aux parents désignés par lui communication des budgets et des comptes. »

Les fondateurs de bourses peuvent également se réserver, soit à eux, soit à un, deux ou trois de leurs plus proches parents mâles, le droit de collation (art. 36). La loi permet aussi aux fondateurs de désigner les personnes qui doivent profiter de leurs libéralités, soit des parents, soit les habitants de telle ou telle localité (art. 18).

Lors de la discussion de la loi au sénat, l'on demanda si le droit stipulé en faveur des parents du fondateur était perpétuel, ou s'il ne profitait qu'aux parents qui existaient lors du décès du testateur. La commission s'était prononcée contre la perpétuité; mais le ministre de la justice ayant été consulté, déclara que, dans la pensée du gouvernement, il s'agissait d'un droit perpétuel analogue à celui que les décrets précités accordent aux fondateurs d'hospices et à ceux qui fondent des lits dans un hospice (1). C'est une grave dérogation au droit commun; si le législateur l'a consacrée, c'est pour favoriser les libéralités et pour donner satisfaction à des désirs et à des exigences qui sont entrés dans nos mœurs.

257. Les fondateurs peuvent-ils remplacer les administrateurs que la loi charge des divers services d'utilité publique par des administrateurs qu'eux-mêmes désignent? Il y a eu sur cette question de longs débats, surtout en Belgique, preuve que l'Eglise est en jeu. Les tribunaux et le gouvernement se sont prononcés, tantôt pour le droit des fondateurs, tantôt contre. Cette incertitude tient à l'ignorance des principes les plus élémentaires en matière de fondation. En théorie, la question est d'une simplicité

(1) *Documents concernant la législation sur les fondations d'instruction publique*, t. II, p. 231.

extrême : le droit de propriété donne-t-il le droit de fonder et, par suite, le droit de nommer des administrateurs spéciaux chargés de gérer la fondation? La question implique une confusion d'idées que l'on pardonnerait à peine à ceux qui ignorent les premiers éléments du droit; cependant des cours s'y sont trompées (1). Est-ce une erreur volontaire ou involontaire? Le doute serait une injure pour les magistrats, si l'on ne connaissait la tyrannie que l'Eglise exerce sur les consciences. Toujours est-il que le droit de propriété n'a rien de commun avec le droit de fondation. Le propriétaire peut disposer de sa chose par acte de dernière volonté, mais du moment où il meurt, son droit cesse pour faire place à celui du légataire; la volonté humaine ne peut se perpétuer au delà de la tombe. Or, tel est l'effet des fondations. Elles sont perpétuelles dans l'intention du fondateur; par cela seul, elles sont d'intérêt social, donc l'Etat doit intervenir pour les autoriser et, même autorisées, elles restent soumises à l'action du pouvoir social, lequel peut, soit les modifier, soit les abolir, si l'intérêt de la société l'exige. Tels sont les principes élémentaires qui régissent les fondations; ils ont toujours été reconnus, même par l'Eglise. Les empereurs chrétiens n'ont pas respecté la perpétuité des fondations faites en faveur de divinités païennes, et avec raison : concevrait-on, dans une société chrétienne, une fondation se perpétuant pour le culte d'Apollon ou de Vénus? L'Eglise a recueilli leur héritage et, à son tour, elle a modifié et supprimé des fondations catholiques. C'est dire que le droit de la société domine en cette matière : l'individu ne peut pas lui opposer son droit, car il n'a pas le droit de perpétuer sa volonté à travers les siècles (2).

258. Ces principes ont-ils été modifiés, en Belgique, par la loi communale? Après avoir déterminé le mode de nomination des bureaux de bienfaisance et des hospices,

(1) Colmar, 10 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 417). Liége, 10 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 141).

(2) Les principes sont très-bien établis dans les rapports de MM. Bara et de Gheldolf sur la loi de 1864 (*Documents*, t. I, p. 61 et suiv., et t. II p. 212-214).

l'article 84 ajoute : « Il n'est pas dérogé, par les dispositions qui précèdent, aux actes de fondation qui établissent des administrateurs particuliers. » Cela veut-il dire que tout donateur ou testateur qui fait une libéralité au profit d'un service public a le droit de désigner les administrateurs de sa fondation? On l'a prétendu, et cette prétention a été consacrée par la cour de cassation (1). Si tel est le sens de l'article 84, il faut avouer que le législateur belge a sanctionné une absurdité sans nom. Il est inutile d'entrer dans ce débat, puisque la question est tranchée par la loi du 3 juin 1859 qui a interprété l'article 84 en ces termes : « Le conseil nomme les membres des administrations des hospices et des bureaux de bienfaisance, sans préjudice à l'intervention des administrateurs spéciaux établis dans les limites déterminées par l'arrêté du 16 fructidor an XI et par le décret du 31 juillet 1806. » Nous venons de rapporter ces dispositions, ainsi que celles de la loi de 1864 sur les fondations d'instruction. Ce n'est donc que dans ces limites qu'il peut y avoir des administrateurs spéciaux, depuis la loi interprétative de 1859. Les divers gouvernements qui se sont succédé en Belgique ont parfois dépassé les limites légales. Pour ne pas donner à la loi de 1859 un effet rétroactif, le législateur belge y a ajouté un article additionnel ainsi conçu : « Les fondations autorisées en vertu de l'article 84, § 2, de la loi communale, antérieurement à la publication de la présente loi, continueront à être administrées conformément aux actes d'autorisation, sauf au gouvernement à prescrire, s'il y a lieu, par arrêté royal, les mesures propres à assurer le contrôle de la gestion des biens donnés ou légués et leur conservation. »

259. A quels établissements s'applique l'article additionnel de la loi de 1859? Il faut distinguer les époques auxquelles remonte leur institution. Dans notre ancien droit, chaque hospice avait ses administrateurs spéciaux et formait un corps, ou ce que nous appelons une personne civile; les hospices étaient sur la même ligne que

(1) Arrêt du 16 février 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 101).

les couvents. Ces établissements ont été abolis pendant la révolution. Puis vint la loi du 16 vendémiaire an v qui centralisa l'administration des établissements charitables, connus sous le nom d'hospices et d'hôpitaux, en la confiant à une commission nommée par l'autorité municipale. Dès lors, les divers hospices cessèrent d'avoir une existence séparée, indépendante; ce ne sont plus que des maisons de charité, régies par une seule et même commission; c'est la commission des hospices qui forme l'établissement d'utilité publique, lequel, d'après le code civil, est capable de recevoir des dons et legs. Est-ce que la loi communale, interprétée par la loi de 1859, a pour objet de rétablir les anciens hospices, avec leur administration primitive et leur personnalité civile? Non, certes, car c'eût été abolir la loi du 16 vendémiaire an v, et ce n'est pas là ce qu'a voulu le législateur belge. Cette prétention s'est cependant fait jour en Belgique; le rôle scandaleux qu'un évêque y a joué prouve que l'inspiration venait de l'Eglise, dont l'ambition hautaine ne connaît plus de bornes. Nous laissons le scandale de côté, pour nous en tenir au droit. A l'époque de la réunion de la Belgique à la France, il y avait, dans la ville de Maeseyck, deux hospices distincts, l'un fondé en 1668 pour des vieillards, l'autre, en 1727, pour des orphelins. En l'an xi, la municipalité nomma une commission administrative des hospices pour remplacer les administrateurs spéciaux qui jusque-là avaient régi les deux établissements. En 1816, le conseil de régence institua, contrairement à la loi, deux commissions pour les deux hospices. Malgré cette irrégularité, l'administration des hospices resta dans les mains de l'autorité civile jusqu'en 1838. A cette époque, les anciens administrateurs, le curé en tête, s'emparèrent des deux hospices, et la commune eut la faiblesse de laisser faire. En 1864, un legs de 9,000 francs ayant été fait pour fonder un hospice à Maeseyck, le conseil communal nomma une commission des hospices pour accepter le legs. La nouvelle commission revendiqua l'administration des anciens hospices de vieillards et d'orphelins usurpée par le curé et ses complices. Les foudres de

l'évêché n'intimidèrent pas les juges; le tribunal, la cour de Liége et la cour de cassation donnèrent gain de cause à l'autorité légale contre les usurpateurs (1). La question de droit était très-simple. Les anciens hospices, avec leur organisation séparée et indépendante, ont été définitivement supprimés par la loi du 16 vendémiaire an v, et aucune loi ne donne au gouvernement le droit de les rétablir; s'il le faisait, ce serait un acte illégal, dont les tribunaux auraient le devoir de ne pas tenir compte. A quels hospices s'applique donc la loi communale interprétée par la loi de 1859? Aux fondations autorisées par l'empereur, le roi des Pays-Bas et le roi des Belges, par dérogation à la loi de l'an v; ces actes, bien que plus ou moins irréguliers, ont été maintenus par la loi de 1859, par respect pour ce que l'on appelle improprement les droits acquis. Nous allons voir quelle est leur position légale.

260. Par testament en date du 9 pluviôse an XIII, la comtesse d'Harscamp institua à Namur un hospice de vieillards. Un décret impérial du 2 nivôse an XIV autorisa la commission des hospices à accepter cette libéralité, à la charge de se conformer aux intentions de la testatrice et de remplir les conditions prescrites par son testament. L'empereur n'était guère disposé à abdiquer les droits de l'autorité civile; tout en permettant d'établir des administrateurs spéciaux pour l'hospice d'Harscamp, il ordonna que les dispositions qui seraient prises en exécution de son décret fussent soumises à sa sanction; le ministre de l'intérieur devait lui en rendre compte, tant sous le rapport du nombre des places qui seraient fondées dans l'hospice, que sous le rapport de son régime économique, de sa dotation et de la régie des biens et capitaux qui en feraient partie. En conséquence, le règlement fut soumis à l'empereur et approuvé par lui le 26 septembre 1811. L'application du règlement fit naître des conflits journaliers entre la commission des hospices et l'administration spéciale de l'hospice d'Harscamp. Cela était inévitable,

(1) Liége, 6 mars 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 145); Rejet, 17 décembre 1868 *Pasicrisie*, 1868, 1, 66).

toute administration divisée étant un principe d'anarchie. Vers 1843, la commission des hospices ayant procédé à l'échange d'une ferme sans le concours des parents d'Harscamp, ceux-ci protestèrent, et le gouvernement leur donna raison. Depuis lors et jusqu'en 1861, la commission cessa de s'occuper de l'établissement, qui fut géré par un directeur général, à l'exclusion de l'autorité civile, comme dans le bon vieux temps, antérieur à la révolution. En 1854, le directeur de l'hospice d'Harscamp demanda l'autorisation d'aliéner des obligations de la dette hollandaise; le ministre fut d'avis que le droit d'aliénation appartenait à la commission des hospices. Nouveau conflit en 1861. L'assemblée des parents voulait aliéner des actions de la banque de Vienne; le ministre de la justice décida que le droit d'administration et l'initiative, quant aux aliénations, appartenaient à la commission des hospices. Celle-ci, trouvant de l'appui dans le gouvernement, reprit la régie de la fondation. Les parents protestèrent de nouveau, la députation permanente prit parti pour les parents à l'occasion du bail de l'hôtel d'Harscamp; sa décision fut annulée par arrêté royal. Voilà ce que devient l'administration de la charité quand un intérêt de famille, qui d'ordinaire est un intérêt de parti, vient contrecarrer à chaque pas ce que fait l'autorité légale!

En désespoir de cause, les administrateurs spéciaux s'adressèrent aux tribunaux pour obtenir le règlement de leurs droits, tels qu'ils résultaient du testament et des décrets de l'empereur. Leurs prétentions étaient superbes; il est facile de voir que ce n'est pas seulement en leur nom qu'ils parlaient. L'hospice d'Harscamp, disaient-ils, est une personne civile; les parents du comte d'Harscamp l'administrent à titre personnel, et non comme agents du gouvernement; ils ont à cette gestion des droits héréditaires, auxquels l'autorité publique ne peut porter atteinte. En cas de contestation, ils peuvent en appeler aux tribunaux, et le pouvoir judiciaire est compétent pour assurer le maintien de leurs droits. Autant de propositions, autant d'hérésies juridiques. C'est la vieille prétention de l'Eglise et de ses défenseurs : le droit de propriété donne le droit

de fondation; tout ce que l'on concède au pouvoir civil, c'est qu'il intervienne pour autoriser la fondation; simple formalité, du reste, car les administrateurs spéciaux institués par le testateur tiennent leur droit du fondateur et non du gouvernement : c'est un droit de propriété que le juge peut et doit garantir. Les tribunaux ne furent pas de cet avis; gardiens du droit, ils donnèrent leur appui au droit. Il n'est pas vrai, dit la cour de Liége, que l'hospice d'Harscamp ait été fondé par le testament de la comtesse d'Harscamp, il l'a été par les décrets de l'empereur. L'empereur a, à la vérité, dérogé aux lois qui régissent les établissements de charité, en considération des libéralités de la testatrice, et en cherchant à concilier les intentions de celle-ci avec l'intérêt d'une bonne administration; mais il n'a donné aux parents le droit de concourir avec la commission des hospices que comme membres adjoints; leur droit est, non un droit de propriété, mais un droit politique, de même nature que celui de la commission des hospices, soumis par conséquent au contrôle du gouvernement. Il ne s'agit donc pas de sauvegarder des droits civils, il s'agit d'administrer; or, les tribunaux n'ont pas mission d'administrer. La cour de Liége se déclara incompétente, et sa décision fut maintenue par la cour de cassation (1). C'est donc au gouvernement à vider les conflits qui s'élèvent entre des administrateurs spéciaux et la commission des hospices Telle est d'ailleurs la disposition formelle de la loi de 1859 que nous avons rapportée (n° 258).

261. On voit quel est le danger de ces administrations spéciales auxquelles les défenseurs du passé tiennent tant; tout ce qui s'appelle corporation a une ambition envahissante, surtout quand la corporation se rattache de près ou de loin à l'Eglise. Nous avons qualifié ces prétentions d'hérésies juridiques. Il n'y en a pas de plus évidente et de plus dangereuse que celle de vouloir constituer une personne civile. La loi de 1859 a bien voulu maintenir

(1) Liége, 11 mai 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 355); Rejet, 16 juillet 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 432).

des administrateurs spéciaux; mais de là à reconnaître à ces administrateurs la qualité de personne civile, il y a un abîme. Il n'y a de personne dite civile qu'en vertu de la loi; or, en matière de charité publique, la loi a parlé, elle a organisé des établissements d'utilité publique chargés du service de la charité : les bureaux de bienfaisance et les commissions des hospices. Le gouvernement n'a pas le droit de créer d'autres établissements auxquels il confierait une partie de ce service. S'il autorise des administrations spéciales établies par les fondateurs, c'est pour qu'elles concourent avec la commission des hospices, et non pour qu'elles la remplacent. Ce concours même, comme on vient de le voir, est un mal. Le mal serait infiniment plus grand s'il y avait autant de personnes civiles que d'établissements de charité. Telles étaient jadis les fondations de bourses; on sait les abus scandaleux que ces administrations engendrèrent. C'est donc dans l'intérêt de la charité qu'il faut maintenir le principe qu'il n'y a d'autres organes légaux de la bienfaisance publique que ceux que la loi a créés (1).

262. Il suit de là qu'il ne peut plus y avoir, à l'avenir, de fondation avec administrateurs spéciaux, sinon dans les limites des décrets et des lois qui régissent les hospices et les fondations d'instruction. En dehors de ces limites, le gouvernement est sans droit (2); il ne pourrait y avoir d'administration spéciale qu'en vertu d'une loi (3). Bien moins encore appartient-il aux testateurs de créer, sous n'importe quelle forme, une fondation permanente, une mainmorte ou une personne civile. La question s'est présentée devant la cour de cassation de France. Un testateur, après avoir exclu ses parents de sa succession, dispose seulement de ses revenus; il nomme un gérant perpétuel de ladite succession, qui doit en conserver indéfiniment la saisine, qui doit l'administrer avec faculté

(1) Comparez arrêts de Bruxelles du 9 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 5), et du 8 décembre 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 161).
(2) Un arrêté royal du 18 février 1860 (Circulaires, 1860, p. 588) refuse d'autoriser une fondation de bourse avec administration spéciale.
(3) Arrêté royal du 9 mars 1861 (Circulaires, 1861, p. 36).

d'acquérir, sans jamais pouvoir aliéner. C'était créer, sous le nom de succession, un être fictif, qui devait se perpétuer, c'est-à-dire une vraie mainmorte, une de ces personnes fictives qu'il n'appartient qu'au législateur de créer. Il va sans dire que les tribunaux ne maintinrent pas une institution contraire à la loi et à l'ordre public : l'individu ne peut pas plus perpétuer sa succession qu'il ne peut se perpétuer lui-même (1).

IV. *Des conditions réputées non écrites.*

1. PRINCIPE.

263. L'article 900 du code civil porte : « Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. » Ce principe donne lieu à de grandes difficultés; nous les exposerons plus loin. On l'a vivement critiqué, et on en a demandé plus d'une fois l'abrogation, dans les débats de nos chambres, surtout en ce qui concerne les conditions ou charges que le testateur attache aux libéralités qu'il fait en faveur des pauvres ou dans l'intérêt de l'instruction. A notre avis, il faut distinguer. S'il s'agit d'une disposition d'intérêt privé, il est très-vrai que le principe de l'article 900 se justifie difficilement, et nous en proposerions volontiers l'abolition. Il n'en est pas de même des donations et testaments qui contiennent des fondations; elles sont faites dans un intérêt général, c'est donc l'intérêt général qui doit décider la question. Or, le plus grand intérêt qu'ait la société, c'est que les lois soient respectées; il ne faut pas même que la pensée vienne aux particuliers de se mettre au-dessus de la loi, en l'éludant. Eh bien, telle est presque toujours la pensée des donateurs ou testateurs qui inscrivent dans leurs actes des conditions contraires aux lois. C'est par opposition, par haine pour l'autorité civile et pour les lois laïques, qu'ils cherchent, tantôt à soustraire leurs

(1) Rejet de la chambre civile du 17 novembre 1863 (Dalloz, 1863, 1, 441).

fondations à tout contrôle de la loi, tantôt à faire des libéralités au profit de personnes ou de congrégations incapables de recevoir. Que doit faire le législateur en face de la résistance qu'il rencontre à chaque pas? Il faut qu'il la brise, sinon il n'y a plus de société possible. Or, en matière de fondations, il n'y a qu'un moyen de maintenir le respect de la loi, c'est d'annuler les conditions qui y sont contraires. De quoi le fondateur se plaindrait-il? S'il est de bonne foi, s'il n'a pas conscience de l'illégalité de ses dispositions, on entre dans ses intentions, en effaçant ce qu'il y a d'illégal, la condition, tout en maintenant la libéralité. Que s'il est de mauvaise foi, s'il veut sciemment éluder la loi, échapper à l'autorité civile, ou l'attaquer et l'amoindrir, le législateur a le droit et le devoir d'annuler les conditions illégales et de maintenir la fondation, en faisant plier le fondateur, malgré lui, sous l'empire de la loi. C'est une espèce de peine qu'il lui inflige, et il n'y en a pas de plus légitime. Le testateur voulait créer une fondation en dehors de la loi et contre la loi; le législateur donne à sa volonté le seul effet légal qu'elle puisse avoir, en maintenant la fondation malgré lui et en mettant à néant la condition illégale (1).

Il y a cependant une objection sérieuse. Effacer la condition illicite et maintenir la libéralité, n'est-ce pas valider des dispositions qui devraient être annulées comme étant faites à des incapables? L'objection concerne l'application du principe plutôt que le principe même. Il est certain que l'article 900 ne peut pas toujours recevoir son application. Nous en avons déjà fait la remarque (n° 203) : si la libéralité s'adresse à un incapable, elle doit être annulée, on ne peut pas effacer la personne incapable et transporter la libéralité à un établissement capable. Ce serait faire un nouveau testament, et aucune loi ne donne ce pouvoir au gouvernement ni aux tribunaux. C'est donc faire une fausse application de l'article 900 que de l'interpréter de manière à valider des dispositions nulles. Pour

(1) Voyez, en ce sens, le rapport de M. Bara sur la loi de 1864 (*Documents sur les fondations d'instruction publique*, t. I, p. 66 et suiv.).

qu'il y ait lieu d'effacer la condition attachée à une disposition, il faut avant tout que la disposition soit valable, et elle ne l'est que si le gratifié est capable de recevoir. Mais aussi dès qu'il y a une personne capable, il faut maintenir la libéralité, malgré le disposant. Les juges éprouvent quelque répugnance à faire violence à la volonté du testateur, habitués qu'ils sont à le considérer comme maître absolu; ils se mettent donc à rechercher quelle a été l'intention du disposant. C'est une erreur, à notre avis. L'article 900 ne tient aucun compte de la volonté du testateur, puisqu'il efface ce qu'il a voulu. C'est la loi qui met sa volonté au-dessus de celle de l'homme. Il ne faut considérer l'intention du disposant qu'en un point : a-t-il disposé au profit d'une personne capable? Si ce point est décidé affirmativement, le juge peut et doit effacer toutes les clauses et conditions par lesquelles le disposant voudrait enchaîner le légataire. Et il va de soi que le gouvernement a le même pouvoir quand un établissement public demande l'autorisation d'accepter le legs.

264. Chose singulière! C'est l'Eglise qui aujourd'hui réclame contre l'application de l'article 900; et il se trouve qu'au temps de sa toute-puissance elle a toujours appliqué le principe que cet article consacre. On lit dans le *Dictionnaire de droit canonique* de Durand de Maillane, au mot *Fondation :* « Un fondateur peut apposer telle loi ou condition que bon lui semble à sa fondation; on mettrait obstacle aux pieuses libéralités des fidèles, si l'on refusait cette satisfaction à ceux qui les exercent. Mais il faut que les lois qu'il plaît au fondateur d'imposer à sa fondation ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, ni à l'utilité publique; et c'est à l'évêque, qui doit autoriser la fondation, à y prendre garde. Il peut rejeter les conditions illicites et insolites, sans pourtant refuser d'homologuer la fondation, si d'ailleurs elle peut être utile à l'Eglise, et par conséquent à celui qui l'a faite. » C'est le rapporteur de la loi de 1864 au sénat, M. Gheldolf, qui a fait cette curieuse citation : « Les canonistes, dit-il, sont unanimes à attribuer non-seulement au pape, mais même aux évêques le pouvoir d'appliquer les libéralités à d'autres œuvres

pies de leur choix, lorsque le fondateur en avait prescrit un usage impossible ou illicite. » Comme d'habitude, les défenseurs de l'Eglise nièrent; le savant rapporteur accabla ses adversaires de preuves; nous nous contenterons d'un extrait emprunté à un canoniste célèbre : « Un legs, dit Prosper Fagnan, qui de droit ou de fait ne peut être accompli selon l'intention du testateur, se convertit en un autre usage (1). » On voit que l'Eglise allait beaucoup plus loin que les auteurs du code Napoléon; l'article 900 maintient la libéralité telle que le fondateur l'a voulue, il en retranche seulement la condition illicite; tandis que l'Eglise s'arrogeait le droit de faire une autre libéralité, c'est-à-dire un autre testament. Ce qui n'empêche point les défenseurs de l'Eglise de demander l'abrogation de l'article 900, dont le principe est bien plus modéré et plus juste.

285. L'application de l'article 900 soulève une difficulté très-grande. Prévoyant que la condition attachée à son legs pourra être effacée, le testateur déclare formellement qu'il en subordonne l'existence à l'accomplissement de la condition; il révoque le legs, si la condition est effacée, ou il donne la chose léguée à un autre légataire. Faut-il néanmoins appliquer l'article 900, sans tenir compte de la déclaration du testateur et de la révocation du legs? Nous reviendrons sur la question en expliquant l'article 900; mais comme elle se présente surtout en matière de fondation, nous la traiterons, dès maintenant, à ce point de vue. Le rapporteur de la loi de 1864, M. Bara, a prévu la difficulté, et il se prononce sans hésiter pour l'application de l'article 900. On ne peut admettre, dit-il, qu'un citoyen mette sa volonté au-dessus de celle de la nation; ce serait discréditer la loi et ruiner son autorité, si l'on pouvait tenter impunément de la violer. Dira-t-on que la condition illégale est de l'essence de la libéralité? Le rapporteur répond qu'il est impossible de soutenir qu'un résultat contraire à la loi soit le but prin-

(1) Gheldolf, Rapport (*Documents*, t. II, p. 223), et dans la discussion (*ibid.*, p. 424).

cipal d'une libéralité; le respect dû à la loi le défend, l'intérêt de la société doit l'emporter sur les passions des individus (1).

Nous croyons que cette opinion est la bonne. On objecte qu'il ne s'agit pas des passions du testateur, qu'il s'agit de son droit. Le propriétaire ne peut-il pas disposer de sa chose comme il l'entend? N'est-ce pas violer son droit que de maintenir sa libéralité, en effaçant la condition, alors qu'il a expressément déclaré révoquer sa libéralité, si la condition est annulée? Notre réponse est très-simple, elle est écrite dans l'article 900. La loi parle d'une condition que le testateur ou le donateur a mise à sa disposition. Or, l'effet de la condition est précisément de faire dépendre l'existence du fait juridique de l'accomplissement de la condition. Que fait le testateur en déclarant que sa libéralité est subordonnée au maintien de la condition et à son accomplissement? Il ne fait que dire dans l'acte ce qui résulte de la nature même de la condition. Or, la condition ne peut avoir plus d'effet avec l'explication qu'il y ajoute qu'elle n'en a sans déclaration. La condition doit être effacée dans un cas comme dans l'autre. Que l'on n'accuse donc pas les interprètes de violer le droit de propriété, le reproche remonterait au législateur. A vrai dire, le législateur ne le mérite pas plus que les interprètes. C'est le testateur qui est coupable d'avoir voulu violer la loi ou l'éluder.

Sur ce point encore, la tradition de l'Eglise est en harmonie avec l'interprétation que nous donnons au code civil. Fagnan prévoit le cas où le legs, tel que le testateur l'a voulu, ne peut être exécuté; le testateur ajoute la défense de l'appliquer à un autre usage. Quelle est la valeur de cette clause? L'Eglise n'en tient aucun compte. Fagnan a pour lui une autorité que l'on vient de proclamer infaillible. On lit dans une bulle du pape Innocent X de 1652 : « Si le donateur avait ajouté une prohibition expresse que sa volonté soit commuée, fût-ce par le pape, cette défense serait réputée non écrite, comme répugnant

(1) Bara, Rapport (*Documents*, t. I, p. 66).

au pouvoir souverain du prince, comme honteuse et impossible (1). » L'article 900 ne va pas aussi loin que l'Eglise; il ne permet pas au gouvernement de changer le legs, il maintient les dispositions du testateur, malgré lui, il est vrai; nous en avons dit la raison.

266. La jurisprudence, dans cette matière difficile, est hésitante et indécise. Il y a des actes qui consacrent la doctrine que nous venons d'exposer; d'autres distinguent et, sans nier le principe, en éludent l'application. Un testateur institue le bureau de bienfaisance légataire universel; il ajoute que, sauf le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, les immeubles légués ne pourront, sous aucun prétexte, être vendus ou aliénés; le testateur déclare que cette condition est expresse et de rigueur, que sans elle le legs n'aurait pas eu lieu. La clause, ainsi formulée, tombait-elle sous l'application de l'article 900? Il a été jugé qu'elle avait pour but et pour effet de mettre les immeubles légués hors du commerce, à perpétuité; elle portait donc atteinte tout ensemble au droit de propriété du légataire et à l'intérêt général, qui demande la libre circulation des biens; à tous égards, elle était contraire à la loi, et devait être réputée non écrite. On objectait que la condition d'inaliénabilité était la cause de la libéralité, le testateur ayant expressément déclaré que, sans cette condition, la libéralité n'aurait pas eu lieu; ce qui entraînait la caducité du legs, soit parce qu'il y avait une cause illicite, soit parceque telle était la volonté formelle du testateur. La cour de Lyon répond que toute libéralité a sa cause dans l'esprit de bienfaisance du testateur; que la clause d'inaliénabilité, dans l'espèce, n'en est qu'une condition accessoire, et non la cause. Nous reviendrons sur cette difficulté, l'une des plus grandes de notre matière. Quant à l'intention du testateur, il n'a fait qu'exprimer plus fortement l'obligation que toute condition implique par son essence, celle de l'accomplir et de subordonner à son accomplissement l'existence du droit; du moment que la condition est illicite, il y a lieu d'ap-

(1) *Fagnani jus canonicum*, p. 667 et suiv.

pliquer l'article 900, sans que l'on puisse distinguer entre les conditions ordinaires et les conditions expresses ou de rigueur que l'auteur de la libéralité aurait eues en vue autant que la libéralité même (1).

267. Cet arrêt consacre, suivant nous, les vrais principes. Il y a un arrêt de la cour de Gand, confirmé par la cour de cassation, qui paraît contraire. Un chanoine lègue une somme de 25,000 francs pour servir à l'établissement d'une fondation perpétuelle en faveur des pauvres femmes aveugles ayant leur domicile de secours dans la ville de Louvain et professant la religion catholique. La cour dit, et cela n'était guère contesté, qu'il résultait de l'ensemble des clauses testamentaires que le testateur n'avait pas voulu que son legs profitât aux hospices civils; qu'il voulait créer une fondation, administrée par les curés de Louvain, ayant une existence propre et indépendante des établissements publics. La cour de Bruxelles, considérant cette intention du testateur comme une condition illicite, l'avait effacée, conformément à l'article 900, et avait attribué la libéralité aux hospices. Son arrêt fut cassé, et l'affaire renvoyée devant la cour de Gand. Le nouvel arrêt nie qu'il y ait condition; une condition, dit la cour, est un élément secondaire et accessoire d'un fait juridique; tandis que, dans l'espèce, les caractères assignés par le testateur à sa fondation, loin d'être un élément secondaire et accessoire, en forment la partie principale et essentielle; il voulait sans doute gratifier les pauvres, comme le dit la cour de Bruxelles, mais il ne le voulait que par la fondation telle qu'il l'organisait, avec son administration essentiellement ecclésiastique. Dès lors, il n'est pas permis de scinder la volonté du testateur, d'en rejeter la partie essentielle comme non écrite, et d'appliquer la libéralité aux hospices civils qu'il n'a pas entendu gratifier : ce serait dénaturer les intentions du testateur. Si l'administration spéciale qu'il a établie est légalement impossible, le legs doit tomber; maintenir le legs au profit des hospices, ce serait substituer une autre volonté à

(1) Lyon, 22 mars 1866 (Dalloz, 1866, 2, 84).

celle du testateur (1). Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour de cassation dit que l'appréciation des intentions du testateur, sur laquelle la cour de Gand se fonde, est souveraine en fait, qu'il en résulte évidemment que le testateur n'avait pas voulu faire un legs aux hospices, ni aux pauvres, mais bien à une certaine catégorie de pauvres, représentée par une fondation spéciale et déterminée; que cette fondation avec administration spéciale n'ayant pas été autorisée, le legs tombe (2).

Cette décision nous laisse des doutes. Il nous semble que la cour de Gand et la cour de cassation ont méconnu la portée sociale du principe inscrit dans l'article 900. Comme le dit très-bien le rapporteur de la loi de 1864, le but de l'article 900 est d'empêcher qu'un testateur ne tente seulement de se mettre au-dessus des lois ; quand la volonté de l'individu est en opposition avec la loi, le législateur n'en tient aucun compte. Or, dans l'espèce, il y avait opposition, nous dirions volontiers, révolte contre la loi et les établissements laïques qu'elle organise en faveur des pauvres. Les pauvres, quels qu'ils soient, ont leur organe légal, la commission des hospices; le chanoine ne veut pas de cet organe, il préfère les curés. Est-ce parce que les curés administreront sa fondation avec plus d'intelligence, avec plus de sollicitude? Non, certes; le testateur est un chanoine, imbu de cet esprit d'orgueil et de domination que l'Eglise, de nos jours, inculque à ses ministres; s'il établit une administration composée de curés, c'est qu'il a, avant tout, pour but la domination du clergé; il y subordonne tout, même la charité. Nous demandons si le législateur peut tolérer qu'on se mette ainsi en révolte contre lui? L'article 900 répond à notre question. Vainement essaye-t-on de l'écarter en disant qu'il ne s'agit pas d'une condition accessoire et secondaire; toute condition est essentielle, en ce sens qu'elle tient en suspens l'existence du fait juridique; on pourrait donc dire de toute condition qui, dans l'intention du testateur, subordonne

(1) Gand, 12 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 394).
(2) Rejet, 8 novembre 1860 (*Pasicrisie*, 1861, 1, 159).

l'existence du legs à son accomplissement, ce que la cour de Gand dit de la fondation du chanoine; on l'avait dit aussi de la clause d'inaliénabilité que la cour de Lyon a réputée non écrite, on pourra le dire des clauses pénales, comme nous allons le voir; que restera-t-il de l'article 900? Une disposition illusoire qu'il sera très-facile d'éluder : au lieu d'ajouter une condition illicite à une fondation, le testateur n'a qu'à dire que sa libéralité s'adresse à la fondation même, et il échappera à l'article 900. Est-ce là ce que le législateur a voulu?

On pourrait nous objecter l'opinion que nous avons enseignée sur les libéralités faites au profit d'une école libre; elles sont nulles, à notre avis, et ne peuvent être attribuées à la commune (nos 203-244). N'en faut-il pas dire autant des legs faits à la charité libre? Il y a une différence, et elle nous paraît décisive. Si nous déclarons nulle la libéralité adressée à une école libre, c'est qu'elle est faite au profit d'un incapable; nous la validerions si elle était faite au profit des enfants pauvres, parce que les pauvres ont un représentant légal, capable de recevoir en leur nom. Or, dans l'espèce, la fondation était faite en faveur des pauvres femmes aveugles de Louvain. Voilà les vrais gratifiés, et ils sont capables. Donc le legs était valable. Le seul vice qui l'infectait, c'est que le testateur ne voulait pas du représentant légal des pauvres. Il n'avait pas le droit de braver les lois. Libre à lui, de son vivant, de distribuer ses charités comme il l'entend; mais dès qu'il veut faire une fondation, il doit se conformer aux lois. S'il prétend se mettre au-dessus des lois, on lui applique l'article 900.

268. Une testatrice lègue tous ses biens à une fabrique d'église; elle ajoute que si le legs venait à être réduit dans l'intérêt de sa famille, elle institue un tel, abbé, son légataire universel. La condition sanctionnée par la révocation du legs était donc celle-ci : la fabrique était appelée à recueillir les biens de la testatrice sous la condition que le legs ne serait pas réduit par le gouvernement. Il a été jugé que cette condition tombe sous l'application de l'article 900. Il est certain que le code donne

au gouvernement le droit de refuser l'autorisation, ou de n'accorder qu'une autorisation partielle. Le but de la loi a été d'empêcher des libéralités excessives, dans l'intérêt de la société et dans celui des familles. Il suit de là que le droit de réduction est d'ordre public; le gouvernement doit être libre de réduire les libéralités excessives; cette faculté est pour lui un devoir. Conçoit-on qu'un testateur mette le gouvernement dans l'impossibilité de remplir ce devoir? En effet, révoquer la libéralité en cas de réduction, c'est forcer la main à l'administration; elle devrait ou autoriser pour le tout, ce qui serait manquer à son devoir lorsque la disposition est excessive, ou refuser pour le tout, ce qui serait priver l'établissement gratifié d'une libéralité légitime, et nuire par conséquent à l'intérêt de la société. La cour de Lyon déclara la condition non écrite, et décida que si le legs était réduit, la réduction profiterait aux héritiers naturels de la testatrice (1).

288 *bis*. La cour de Paris a décidé la question dans le même sens. Un testateur, ancien avoué, institue pour légataire universel l'administration de l'assistance publique; un codicille déclare que si par un motif quelconque le legs fait au profit des hospices ne recevait pas son exécution pleine et entière, il entend qu'il soit considéré comme nul et non écrit, et il institue un autre légataire universel. La cour écarta le codicille comme ayant pour but d'entraver le pouvoir que l'Etat tient de la loi. Si, dit l'arrêt, on permettait au testateur de lier la main au gouvernement, ces clauses deviendraient de style, et le droit d'autorisation partielle serait aboli de fait (2). Voilà encore une fois une opposition contre la loi dictée par la passion; le législateur a voulu la prévenir, en brisant la résistance qu'il rencontre; les tribunaux prêteront-ils leur appui à la loi ou à l'individu qui s'insurge contre la loi? Les cours de Paris et de Lyon ont bien jugé, à notre avis. Nous devons ajouter néanmoins que l'arrêt de Paris a été cassé. La cour de cassation avoue que la condition mise par le

(1) Lyon, 29 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 106).
(2) Paris, 2 août 1861 (Dalloz, 1861, 2, 229).

testateur à son legs sera une gêne pour le gouvernement; mais, dit-elle, le gouvernement conserve le droit d'autoriser le legs ou de refuser son autorisation; il ne peut pas, en accordant une autorisation partielle, établir, au profit des héritiers légitimes du testateur, une succession *ab intestat*, alors que celui-ci a formellement écarté ses parents en instituant un autre légataire universel; or, le testateur qui ne laisse pas de réservataires, est libre de disposer de ses biens comme il l'entend. De quel droit les tribunaux donneraient-ils à ses héritiers naturels ce que le testateur leur a refusé? De quel droit écarteraient-ils le légataire universel que le défunt a voulu gratifier (1)?

Nous avons bien des objections à faire contre cette décision. La condition était-elle, oui ou non, contraire à la loi? Elle gêne le gouvernement dans l'exercice de son droit, dit la cour; cela suffit pour qu'elle soit illicite et pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 900. La cour d'Amiens, à laquelle l'affaire fut renvoyée, adopta l'avis de la cour suprême. Cet arrêt confirme nos doutes. On y lit « que l'ordre public n'admet pas qu'un établissement de mainmorte recueille des biens sans le contrôle de l'Etat, mais qu'il n'est pas au même degré et avec la même force intéressé dans une simple appréciation de quotité (2). » Ainsi, il y a des nuances et des degrés dans l'ordre public! il y a un ordre public que le testateur doit respecter, il y en a un autre qu'il peut violer!

Que deviendrait l'article 900, que deviendrait l'article 6 si une pareille doctrine l'emportait? L'ordre public, dans l'espèce, c'est l'intérêt de la société et celui des familles; on ne peut pas le scinder, ni le morceler; dès qu'il est en cause, le testateur est sans droit; donc il faut appliquer l'article 900. Ce qui a fait reculer la cour de cassation, c'est le résultat auquel on aboutit : on donne aux héritiers ce que le testateur leur a refusé, on refuse au légataire ce que le testateur lui a donné. Nous répon-

(1) Cassation, 25 mars 1863 (Dalloz, 1863, 1, 113), sur les conclusions contraires de l'avocat général. Voyez la critique que l'arrétiste fait de l'arrêt.

(2) Amiens, 24 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 2, 158).

dons que la volonté du testateur est toujours méconnue dans l'application de l'article 900. Le défunt institue les hospices légataires universels, le gouvernement réduit le legs de moitié; il établit donc une succession *ab intestat* que le testateur voulait écarter; car instituer un légataire universel, c'est bien exhéréder les parents légitimes; le gouvernement donne donc aux héritiers naturels ce que le testateur leur a refusé; celui-ci voulait une succession testamentaire; le gouvernement établit une succession moitié testamentaire, moitié *ab intestat*. Il faut laisser de côté la volonté du testateur; il a voulu ce qu'il n'avait pas le droit de vouloir : c'est pour cela que sa volonté n'est pas respectée. Il y a une espèce de peine dans l'application de l'article 900; elle est légitime, à notre avis, parce qu'elle frappe l'individu qui veut se mettre au-dessus de la loi.

2. APPLICATION.

a) Des conditions non écrites dans les fondations d'instruction

269. Un testateur charge son légataire universel de constituer à la commune une rente perpétuelle, destinée à l'instruction primaire gratuite que les petits frères de la doctrine chrétienne donnent aux enfants pauvres; le testament porte que la rente ne commencera à courir que lors de l'organisation de l'école, et qu'elle cessera d'être due pendant toute suppression ou suspension. L'arrêté royal autorisa la commune à accepter le legs sous la réserve que l'enseignement primaire serait donné par des instituteurs nommés conformément à la loi du 23 septembre 1842. Quand la commune réclama la délivrance du legs, le légataire universel refusa, jusqu'à ce que l'enseignement fût donné par les petits frères. Accueillie par le tribunal de première instance, cette opposition fut condamnée par la cour de Liége, et la cour de cassation s'est prononcée dans le même sens. On soutenait que la clause qui subordonnait le legs à l'institution d'une école de petits frères n'avait rien de contraire à la loi de 1842; en effet, cette loi, qui a consacré les prétentions les plus

exorbitantes de l'Eglise, permet au conseil communal d'adopter une école libre, et les écoles dites libres sont celles tenues par les petits frères, cela va sans dire. La cour de cassation répond, et sa réponse est péremptoire : Sans doute, en vertu de la loi de 1842 (art. 3), la commune peut être autorisée à adopter une école privée ; mais aux termes de l'article 4, le gouvernement doit chaque année constater s'il y a lieu ou non de maintenir l'autorisation ; il peut donc la retirer. Or, la condition ajoutée à une fondation ayant un caractère de perpétuité, aurait pour effet d'empêcher le gouvernement d'user du droit que lui donne la loi, droit qui est en même temps un devoir. La condition est donc contraire à la loi, et partant non écrite.

On faisait une autre objection dans l'intérêt du légataire. L'intention évidente du testateur était de subordonner le legs fait pour l'instruction des pauvres à l'établissement d'une école de petits frères ; ne pouvait-on pas dire, comme l'avait fait la cour de cassation de Belgique dans l'arrêt que nous venons de critiquer (n° 267), que les vrais légataires étaient les petits frères ; que le testateur voulait, à la vérité, gratifier les pauvres, mais à condition que l'instruction leur fût donnée par les petits frères? Il est certain que telle doit être l'intention d'un testateur ultramontain, et les catholiques belges ne sont-ils pas plus ultramontains qu'on ne l'est à Rome? En se plaçant au point de vue de leurs aveugles préjugés, on conçoit leur antipathie pour l'enseignement laïque, de même que l'antipathie d'un chanoine pour la charité laïque. Mais le législateur doit-il favoriser ces antipathies pour des institutions qui sont son œuvre? Non, certes. Il faut bien remarquer que, dans l'espèce, le legs était fait à la commune, donc pour l'instruction publique, et non pour un enseignement libre. Ainsi, il y avait un légataire capable et une condition illicite. C'était le cas prévu par l'article 900. La clause irritante que le testateur avait ajoutée n'empêchait pas l'application de la loi. Comme le dit très-bien la cour de Liége, s'il était permis au testateur de subordonner formellement l'existence de sa libéralité à

l'accomplissement d'une condition illicite, on effacerait la règle établie par l'article 900; car la clause révocatoire, en cas d'inexécution de la condition illicite, deviendrait de style (1). L'arrêt de la cour de cassation confirme pleinement cette doctrine, qui est la nôtre. « Celui, dit-elle, qui fait un legs conditionnel subordonne naturellement la libéralité à la condition qu'il y met, peu importe qu'il en affirme ou qu'il n'en affirme pas le caractère obligatoire; la révocation implicitement comprise dans la disposition testamentaire ne saurait donner à la condition plus de force qu'elle n'en a par elle même; comme elle n'a d'autre but que de contraindre le légataire à l'exécution de la condition illicite, elle doit suivre le sort de celle-ci et s'anéantir avec elle, afin que le légataire ne soit pas privé du bénéfice de son legs, pour n'avoir pas fait ce que la loi défend (2). »

270. La jurisprudence du département de la justice est conforme à ces principes. Nous citerons d'abord un arrêté royal contre-signé par un ministre catholique. Un testateur lègue à une commune une maison avec ses dépendances, occupée par les frères des écoles chrétiennes, pour continuer de servir d'école aux enfants pauvres. Le roi autorise le conseil communal à accepter le legs, sous la réserve que les instituteurs seront nommés conformément à la loi du 23 septembre 1842, et que l'enseignement sera donné sous la direction et la surveillance de l'administration communale (3).

Un curé fait une donation à la commune, en stipulant que l'intérêt de la somme donnée sera affecté à perpétuité au payement du traitement des religieuses appelées à donner l'instruction aux jeunes filles. Le ministre ayant informé le donateur que cette condition était illicite, le curé consentit à la remplacer par le vœu que le conseil communal nommât des religieuses pour la direction de l'école. Voilà un curé appartenant à une autre génération que les prêtres qui se plaisent à braver la loi; au lieu

(1) Liége, 24 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 52).
(2) Rejet, 31 juillet 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 537).
(3) Arrêté royal du 26 mai 1856 (Circulaires, 1856, p. 356).

d'imposer sa volonté à l'autorité civile, il se contenta d'un simple vœu. L'arrêté ne tint pas même compte de ce vœu; il autorisa l'acceptation de la libéralité, sous la condition que l'enseignement serait soumis à toutes les prescriptions de la loi de 1842 (1); il n'appartient pas à la commune de s'y soustraire; car l'enseignement n'est pas un droit dont elle use comme elle l'entend, c'est une charge qu'elle doit remplir conformément à la loi.

Une demoiselle lègue à la dame supérieure de la congrégation de la Sainte-Union établie à Douai une maison avec terrain, à la charge de tenir à perpétuité une école de filles et d'instruire gratuitement les orphelins pauvres, et au cas où la supérieure ne pourrait pas accepter le legs, elle institue un autre légataire aux mêmes fins. Voilà à quoi servent les conditions illicites avec clause révocatoire. On lit dans les considérants de l'arrêté que la congrégation légataire, n'ayant pas d'existence civile en Belgique, est incapable de recueillir le legs qui lui est fait, et que le légataire institué en son lieu et place n'est qu'une personne interposée pour faire parvenir la libéralité à une association incapable. L'arrêté décide que le legs sera accepté par le conseil communal, puisqu'il est fait pour l'instruction primaire et que la commune est exclusivement compétente pour établir des écoles primaires et recevoir des dotations destinées à cette fin (2).

Par la même raison, on ne peut pas faire un legs à un couvent pour l'instruction des pauvres; le conseil communal a été autorisé à recueillir une pareille libéralité. Elle est faite aux pauvres, il y a donc un légataire capable; mais le couvent n'est pas l'organe légal des pauvres, c'est la commune qui les représente en matière d'instruction, c'est donc la commune qui doit recueillir le legs (3).

Parfois le testateur, par ignorance ou par zèle pieux, adresse la libéralité à un établissement reconnu, mais incapable de recevoir pour l'enseignement. Dans ces ca

(1) Arrêté du 7 février 1861 (Circulaires, 1861, p. 25).
(2) Arrêté du 26 juillet 1861 (Circulaires, 1861, p. 92).
(3) Arrêté du 16 décembre 1863 (Circulaires, 1863, p. 531).

encore, la libéralité est recueillie par la commune, s'il s'agit de l'enseignement primaire. Un curé lègue un couvent au séminaire de Bruges, à condition que le bâtiment serve toujours pour l'instruction des jeunes filles, que l'évêque en ait la surveillance, et que le curé de la commune en soit le directeur; il lègue de plus au séminaire un capital de 10,000 francs pour l'entretien des religieuses. Le séminaire était évidemment incapable : le legs aurait dû être recueilli par la commune; mais la commune, dominée par le clergé, le refusa; le legs devenait donc caduc (1). Plutôt pas d'instruction, que la vraie instruction, celle qui développe l'intelligence et affranchit la pensée : telle est la devise du clergé ultramontain!

Les conseils communaux ne sont pas partout aussi ignorants et aussi fanatiques que dans la Flandre. Une religieuse légua au bureau de bienfaisance de Gérouville une maison avec jardin, à l'effet de servir d'école pour filles et de logement pour les institutrices, lesquelles devaient faire partie d'une congrégation religieuse. Au cas où la commune ne voudrait pas d'institutrices religieuses, la testatrice ordonna de vendre ou de louer la maison, et d'employer le prix ou le loyer à fonder une école dominicale pour filles, sous la direction du clergé. L'incapacité du bureau de bienfaisance était certaine; la commune seule avait qualité pour recueillir une libéralité faite en faveur de l'enseignement. Et elle devait la recueillir, en effaçant toutes les clauses concernant l'intervention du clergé; en conséquence, le roi autorisa le conseil communal de Gérouville à accepter le legs, sans conditions aucunes, sinon celles qui sont écrites dans la loi (2).

Il y a un arrêté qui paraît, au premier abord, en opposition avec ces principes. Une dame fait donation au bureau de bienfaisance d'une rente annuelle destinée à établir une école de filles, dont la direction et l'enseignement seront confiés à deux religieuses. La testatrice ajoute que

(1) Arrêté du 5 mars 1862 (Circulaires, 1862, p. 240).
(2) Arrêté du 11 septembre 1866 (Circulaires, 1866, p. 496). Comparer arrêtés du 31 décembre 1867 (Circulaires, 1867, p. 234) et du 10 mai 1869 (Circulaires, 1869. p. 480).

si les congrégations religieuses venaient à être supprimées, ladite rente serait distribuée aux indigents. Le roi autorisa le bureau de bienfaisance à accepter la libéralité, à la charge d'en affecter le revenu à l'école des filles, lorsque le conseil communal nommerait des religieuses aux fonctions d'institutrices, et dans le cas où le conseil nommerait des laïques, à la charge de distribuer le revenu aux pauvres (1). Il faut bien remarquer que les termes de l'arrêté royal ne sont pas ceux de la donation ; il ne confie pas la direction à des religieuses : le conseil communal choisira les institutrices et dirigera l'enseignement. L'arrêté répond donc au vœu de la donatrice dans les limites de la loi. Il va de soi que le conseil communal restait chargé de la direction de l'école, le bureau de bienfaisance n'intervenait que pour gérer la fondation et en remettre les revenus à la commune. Si la commune ne fut pas autorisée purement et simplement à accepter le legs, c'est qu'il y avait un second légataire sous alternative, les pauvres. L'arrêté devait maintenir cette alternative, parce qu'elle était légale.

271. Les testateurs, tout en respectant l'autorité de la commune en matière d'enseignement primaire, s'écartent parfois de la loi dans des détails d'exécution. Tout est de rigueur et d'ordre public quand il s'agit de l'instruction organisée par la loi ; partant toute dérogation, sous forme de condition, de clause ou de charge, est réputée non écrite. Un testateur lègue au bureau de bienfaisance la nue propriété de ses immeubles, à la charge de faire donner l'instruction dans les écoles primaires de la commune aux enfants pauvres qui seraient choisis par le curé, le bourgmestre et l'instituteur. Cette clause était contraire à la loi du 23 septembre 1842, laquelle charge le conseil communal de fixer, chaque année, le nombre des enfants indigents qui recevront l'instruction gratuite, et par conséquent le droit de les choisir appartient à l'autorité communale. La clause fut réputée non écrite (2).

(1) Arrêté du 27 août 1859 (Circulaires, 1859, p. 442).
(2) Arrêté du 3 avril 1860 (Circulaires, 1860, p. 616).

Il en serait de même des legs de charité au profit d'enfants pauvres fréquentant une école non reconnue. La clause serait non écrite parce que l'école, n'ayant pas d'existence légale, ne peut recevoir aucune libéralité, ni directement, ni indirectement. Si le don est fait au bureau de bienfaisance, celui-ci pourra le recueillir, puisqu'il est l'organe légal de tous les pauvres, mais la condition d'emploi sera effacée (1). Il en serait de même si les enfants pauvres étaient directement institués ; le bureau de bienfaisance est toujours leur représentant légal.

b) Conditions réputées non écrites en matière de bienfaisance

272. Nous avons dit, en commençant cette digression, que les principes qui régissent les établissements d'utilité publique et les libéralités qu'ils peuvent recevoir sont ignorés même des meilleurs jurisconsultes. Nous allons rapporter des arrêts de la cour de cassation de France qui méconnaissent les principes les plus élémentaires.

Un ancien notaire fait un legs considérable au profit des ouvriers malheureux par suite d'accidents, de maladies, grand âge, charge de famille, manque d'ouvrage et de toute autre cause qu'une inconduite grave et notoire, surtout, ajoute-t-il, par suite de leurs opinions démocratiques et socialistes. Quel est l'objet de ce legs ? Le testateur charge son legataire universel d'acheter ou de bâtir une maison appropriée à des logements d'ouvriers ; il destine à cette acquisition une somme de 220,000 francs. En attendant que la construction soit faite, le légataire universel emploiera une somme de 9,000 francs par an à secourir des ouvriers ou des veuves d'ouvriers. Qui administrera cette fondation ? Le légataire universel et ses héritiers, indéfiniment représentés par le plus âgé d'entre eux, aidé du concours de trois exécuteurs testamentaires. Ce comité de quatre personnes aura la direction et l'administration de sa fondation ; il fera des règlements pour l'admission des ouvriers, la distribution des

(1) Arrêté du 14 septembre 1863 (Circulaires, 1863, p. 483).

secours en argent et toutes les mesures d'exécution. Le testateur veut que la fondation soit toujours régie par les héritiers du légataire universel, sans qu'ils puissent jamais la transmettre à l'administration des hospices, ni au bureau de bienfaisance, ni à aucune autorité administrative quelconque : le tout à peine de révocation du legs universel.

Malgré les prohibitions du testateur, l'administration des hospices et le bureau de bienfaisance furent autorisés à accepter le legs. Mais quand ils en demandèrent la délivrance, le légataire universel réclama l'exécution pure et simple du testament; il succomba en première instance et en appel. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La première question à examiner était de savoir si le testateur avait eu le droit de créer une fondation perpétuelle avec une administration spéciale, en excluant les organes légaux de la bienfaisance publique. Eh bien, sur ce point capital, il n'y a pas un mot dans l'arrêt de la cour de cassation. Elle semble reconnaître ce droit au testateur, ce qui serait une hérésie juridique (n°257). La cour recherche d'abord l'intention du testateur. Il voulait faire un legs au profit des pauvres ouvriers, répond l'arrêt, de façon que la propriété leur en appartînt pour toujours. Il voulait plus que cela : créer un hospice pour y recevoir les ouvriers et leur procurer des secours. En avait-il le droit? La cour ne répond pas à la question : il est du devoir de la justice, dit-elle, d'assurer la durée perpétuelle de cette fondation, en la dégageant des conditions impossibles ou contraires aux lois qui auraient pu la vicier ou la faire périr, contrairement à la pensée charitable qui domine le testament. Nous disons que le devoir des tribunaux était plus simple : ils devaient décider que le testateur n'avait pas eu le droit de faire une fondation perpétuelle avec administration spéciale, mais que, les pauvres ouvriers étant l'objet direct de sa libéralité, il y avait lieu de l'attribuer aux établissements publics qui sont les représentants légaux des pauvres, sauf à ces établissements à tenir compte des intentions du testateur dans les limites de la légalité. Au lieu de cela, la cour se

met à discuter les clauses de la fondation et à prouver que le mode d'administration indiqué par le testateur manquait absolument, et pour le présent et plus encore pour l'avenir, de toutes les garanties de stabilité et de bonne direction nécessaires à la conservation du patrimoine des pauvres. Eh! qu'importe? Le testateur aurait établi la meilleure administration du monde, qu'il eût encore fallu décider qu'il n'en avait pas le droit; que s'il en avait le droit, quelque défectueuse que fût son administration, la justice n'avait pas à s'en mêler. La cour conclut qu'à raison de la mauvaise administration organisée par le testateur, cette clause du testament constitue une condition impossible et, comme telle, réputée non écrite. Quel long détour pour arriver à une solution qui, d'après les vrais principes, était d'évidence!

C'est seulement à raison de cette impossibilité que la cour écarte le mode de direction établi par le testateur; elle lui substitue l'administration publique, sans tenir compte de l'exclusion prononcée par le testateur, laquelle est aussi réputée non écrite, comme contraire aux lois. Ici était le nœud de la question. Si le testateur avait le droit d'organiser une administration spéciale et perpétuelle, nous ne voyons pas pourquoi la cour l'écarte. Il fallait donc prouver qu'il n'en avait pas le droit. Enfin la cour efface encore, comme contraire aux lois et aux mœurs, la clause par laquelle le testateur appelait de préférence au bénéfice de sa fondation ceux des ouvriers qui seraient tombés dans le malheur par suite de leurs opinions démocratiques et socialistes; ce serait, dit l'arrêt, une sorte de prime d'encouragement offerte, à perpétuité, aux passions anarchiques et subversives (1). Les mauvaises passions qui s'agitent à Paris ne sont pas de notre goût; cependant nous ne voyons pas à quelle loi le testateur avait manqué. Quant aux bonnes mœurs, elles étaient hors de cause, puisque le testateur exigeait formellement que les ouvriers fussent d'une conduite honnête.

273. Quelles clauses sont réputées non écrites en ma-

(1) Rejet, 4 août 1856 (Dalloz, 1856, 1, 453).

tière de charité? La décision est très-facile : c'est le bureau de bienfaisance qui a mission de distribuer les secours à domicile; lui seul est donc l'organe légal de cette partie de la bienfaisance publique. De là la conséquence que toute clause qui écarte son action ou l'entrave est contraire à la loi et, partant, réputée non écrite. Une testatrice ordonne que son linge de corps soit distribué aux pauvres par les soins du curé de sa paroisse : ces clauses sont très-fréquentes, les ministres du culte étant toujours considérés, dans nos mœurs, comme les organes de la charité. Les arrêtés royaux chargent régulièrement le bureau de bienfaisance d'une distribution que lui seul a le droit de faire (1).

Une demoiselle fait une donation au bureau de bienfaisance, à la charge de remettre annuellement au desservant une somme de 50 francs, destinée principalement à des jeunes filles pauvres admises à la première communion, à titre d'encouragement ou de récompense pour devoirs et aptitude dans la doctrine chrétienne. Sur les observations du département de la justice, la donatrice consentit à modifier sa libéralité, en ce sens que le bureau de bienfaisance habillerait chaque année une fille pauvre proposée par le curé comme s'étant distinguée par sa conduite, son application et ses connaissances dans la doctrine chrétienne. Même ainsi modifiée, la clause ne fut pas admise; car elle faisait au bureau de bienfaisance une obligation de se conformer aux propositions du desservant; or, le bureau a seul qualité pour distribuer des secours aux indigents; d'où suit que toute clause qui fait intervenir des tiers dans cette distribution est illégale et réputée non écrite, sauf à tenir compte des désirs du donateur dans l'exécution de la charge : l'obligation est changée en faculté, afin de concilier le droit de l'administration publique avec la volonté des donateurs (2).

Il y a des testateurs qui font intervenir le bourgmestre ou le collège échevinal dans la désignation des indigents

(1) Arrêtés du 26 juillet 1861 (Circulaires, 1861, p. 92), du 20 novembre 1862 (Circulaires, 1862, p. 381) et 14 octobre 1863 (Circulaires, 1863, p. 498).
(2) Arrêté du 16 août 1862 (Circulaires, 1862, p. 319).

qui participeront à des distributions d'aumônes; ils croient sans doute que personne ne connaît mieux les familles pauvres que les chefs de la commune. C'est une erreur de droit et de fait. Le collége échevinal reste étranger à l'exercice de la bienfaisance publique; si le bourgmestre y intervient, c'est comme président du bureau de bienfaisance. Ainsi quoique le bureau de bienfaisance soit une émanation de l'autorité communale, celle-ci n'a aucun droit d'intervenir dans la distribution des secours; la compétence du bureau est exclusive (1).

Jadis c'étaient les exécuteurs testamentaires que le testateur chargeait d'acquitter les legs d'aumônes. Maintenant qu'il y a une administration publique chargée de ce soin, les exécuteurs testamentaires ne peuvent plus intervenir que pour veiller à ce que les legs pies soient exécutés (art. 1031). Une testatrice ordonne de vendre son argenterie, ses bijoux et ses tableaux au profit des pauvres de sa paroisse; elle ajoute que le prix en sera distribué par son exécuteur testamentaire. L'arrêté royal autorisa le bureau de bienfaisance à accepter le legs, comme étant seul appelé à distribuer les secours aux indigents; toutefois, dit l'arrêté, il est désirable que le bureau, sans aliéner ses attributions légales, se rapproche du texte du testament et laisse faire la distribution, sous son contrôle, par l'exécuteur testamentaire (2). Nous avons fait nos réserves quant à cette concession; elle nous paraît excessive (n° 217). Il y a un vrai danger à abandonner le payement des legs pies aux exécuteurs testamentaires, parce que d'habitude le testateur, ayant pleine confiance dans les personnes qu'il charge de ce mandat, les dispense de tout compte. Cette clause devrait être réputée non écrite; en tout cas, le bureau de bienfaisance doit intervenir pour contrôler la distribution qui lui incombe d'après la loi (3).

(1) Arrêtés du 8 et du 28 juillet 1863 (Circulaires, 1863, p. 469 et 472).
(2) Arrêté du 29 décembre 1858 (Circulaires, 1858, p. 30?).
(3) Arrêté du 16 décembre 1863 (Circulaires, 1863, p. 530).

e) Conditions réputées non écrites dans les dons faits aux hospices.

274. La commission des hospices centralise les établissements publics destinés à recevoir les indigents ou les malades. Quant aux établissements privés dirigés par les particuliers dont ils sont la propriété, ils n'ont aucune existence légale et sont par cela même incapables de recevoir à titre gratuit. On ne peut pas même, sous le nom de charge, imposer l'obligation à un établissement public d'y entretenir un malade ou un indigent. Une testatrice lègue aux hospices civils un capital de 5,000 fr., dont les intérêts devront être employés à l'entretien d'une femme aveugle à l'hospice particulier des pauvres femmes aveugles établi à Louvain. Ce legs n'aurait pu être fait directement à l'hospice, il ne pouvait pas davantage lui être fait indirectement. L'arrêté royal autorisa la commission des hospices à l'accepter, en déclarant non écrite la condition, imposée à titre d'obligation, d'entretenir une indigente aveugle dans un établissement qui n'avait pas d'existence légale(1). Dans l'espèce, il y avait un légataire capable, les femmes pauvres et aveugles; il y avait un établissement capable, la commission des hospices; donc le legs était valable. La testatrice y avait mis une condition ou charge illicite; il fallait donc l'effacer, conformément à l'article 900.

275. Les legs faits aux hospices dérogent souvent aux droits que les lois accordent à la commission des hospices; il est évident que ces clauses, contraires à la loi, sont réputées non écrites. Pour savoir quelles conditions sont valables et quelles conditions ne le sont point, on n'a qu'à lire les décrets que nous avons cités (n° 210). Un testateur fait un legs à l'hospice des incurables de sa ville natale, pour la fondation d'un lit, dont son héritier disposera à son gré. La commission des hospices, autorisée à accepter le legs, demande au légataire universel de désigner une personne indigente atteinte d'une maladie

(1) Arrêté du 26 juillet 1866 (Circulaires, 1866, p. 483).

incurable déterminée par les règlements et réunissant les conditions légales de domicile et de résidence. Le légataire répond que la commission doit donner un consentement pur et simple à la condition énoncée dans le legs, sinon que le legs doit être déclaré nul. Il s'engage un procès qui est porté jusque devant la cour de cassation. La question à décider était on ne peut pas plus simple; la loi du 16 messidor an VII et l'arrêté du 16 fructidor an XI déterminent quels sont les droits que le fondateur d'un lit peut se réserver; en dehors de ces limites, la réserve ou clause est contraire à la loi, donc réputée non écrite. Cela entraîne-t-il la nullité du legs? L'article 900 répond que le legs est maintenu et que la condition est effacée. Au lieu de se placer sur ce terrain, la cour de cassation se met à examiner quelle a été l'intention du testateur. Il n'ignorait pas, dit-elle, ou n'a pas pu ignorer que les hospices sont soumis à des règlements particuliers; donc il faut entendre le legs en ce sens que l'héritier du fondateur aura seulement le choix de la personne, sans pouvoir déroger aux conditions prescrites par les règlements pour l'admission des malades. La cour d'Amiens l'avait décidé ainsi, et son appréciation était souveraine (1). Voilà encore un exemple de l'ignorance où sont les magistrats des principes les plus simples en matière de droit administratif. La cour d'appel et la cour de cassation étaient l'une et l'autre à côté de la question. Qu'importait l'intention du testateur? Il avait fait un legs en faveur des pauvres, cette libéralité était parfaitement valable; il s'était trompé en attribuant à ses héritiers un droit plus étendu que celui qu'il est permis de leur réserver. C'était le cas de réputer la réserve non écrite en tant qu'elle était contraire à la loi.

276. C'est ce que le département de la justice fait journellement en Belgique. Ses décisions accusent une grande ignorance chez ceux qui rédigent les testaments; raison de plus pour que nous insistions sur une matière entièrement négligée par les auteurs, et dont il n'est pas

(1) Rejet, 15 février 1870 (Dalloz, 1871, 1, 173).

dit un mot dans l'enseignement universitaire. Un notaire lègue aux hospices de Liége un capital de 12,500 francs pour la création de deux lits dans les établissements destinés à la vieillesse; le testateur fixe l'âge des indigents et ajoute qu'ils seront admis par la commission des hospices, sur la présentation qui en sera faite par le conseil communal. L'arrêté royal déclara la clause non écrite. En effet, aux termes de la loi du 16 messidor an VII (art. 6), la commission administrative est exclusivement chargée de l'admission et du renvoi des indigents ; il n'y a qu'une seule exception à cette règle, en faveur des fondateurs de lits et de leurs représentants, lorsque la fondation est faite conformément à l'arrêté du 16 fructidor an XI. La clause qui faisait intervenir le conseil communal était donc contraire à la loi, partant réputée non écrite (1).

Un négociant fonde quatre lits dans les hospices de Louvain; il veut que ces lits soient à la collation du curé de la paroisse, du plus ancien des administrateurs des hospices, d'un parent du testateur, etc. Cette singulière condition fut naturellement déclarée non écrite; toutefois l'arrêté ajoute qu'il est désirable que l'administration des hospices, sans aliéner ses attributions légales, laisse faire, sous son contrôle, les collations par les personnes que le testateur désignait (2). Nous croyons qu'il eût été plus légal de maintenir les attributions de la commission administrative, sauf à elle à consulter les collateurs si elle le jugeait convenable. Par les mêmes raisons, la désignation des indigents ou des malades ne peut être attribuée au curé (3). Elle ne peut être réservée aux héritiers si la fondation ne s'élève pas à la somme déterminée par l'arrêté du 16 fructidor an XI (n° 255) (4). Alors même qu'elle serait suffisante, le fondateur ne peut réserver la collation qu'à ses parents ; il ne peut pas l'accorder à un

(1) Arrêté du 3 avril 1860 (Circulaires, 1860, p. 615).
(2) Arrêté du 29 septembre 1858 (Circulaires, 1858, p. 188).
(3) Arrêté du 3 mai 1864 (Circulaires, 1864, p. 65).
(4) Arrêtés du 31 mars 1866 (Circulaires, 1866, p. 412) et du 5 janvier 1863 (Circulaires, 1863, p. 390).

étranger qu'il instituerait légataire universel (1), pas même à ses alliés (2).

277. La loi permet aussi aux fondateurs, sous les conditions qu'elle détermine et dans les limites qu'elle fixe, de se réserver un concours dans l'administration de l'hospice qu'ils créent (n° 255). En dehors de cette faculté exceptionnelle, les donateurs et les testateurs n'ont aucun pouvoir d'intervenir dans l'administration des hospices qu'ils gratifient. Un testateur fonde un hospice; il détermine les conditions d'âge et d'infirmités requises pour l'admission. Il voulait que le curé désignât les indigents qui seraient admis d'après ce règlement; il donnait encore au curé le pouvoir de faire et de modifier le règlement qui serait arrêté par l'autorité locale; dispositions remplies de contradictions et d'empiétements sur les droits de la commission administrative. L'arrêté royal déclara toutes ces clauses non écrites, sauf l'obligation morale qui incombe aux administrateurs légaux de se conformer, autant que possible, aux intentions exprimées par les fondateurs (3).

Un autre testateur avait fait lui-même un règlement pour l'hospice qu'il créait; il instituait un directeur, un receveur et des administrateurs spéciaux, et il restreignait en conséquence les attributions de la commission administrative; toutes ces clauses furent effacées, et la commission fut autorisée à accepter le legs fait aux pauvres, à charge de remplir les volontés légales du testateur (4).

Les fondateurs laïques sont le plus souvent de très-bonne foi; ils cherchent à organiser une administration intelligente et durable, sans se douter que cette administration existe. C'est ainsi qu'un testateur composa une commission administrative du curé, du bourgmestre, du juge de paix, des receveurs de l'enregistrement et des contributions; il ajoutait que ces administrateurs éliraient entre eux un président, si, dit-il, le bourgmestre n'est pas

(1) Arrêté du 14 février 1865 (Circulaires, 1865, p. 160).
(2) Arrêté du 15 avril 1863 (Circulaires, 1863, p. 443).
(3) Arrêté du 22 août 1856 (Circulaires, 1856, p. 458).
(4) Arrêté du 23 juin 1862 (Circulaires, 1862, p. 289).

déclaré par la loi président-né de ces sortes d'établissements. Puis le fondateur entrait dans les détails des attributions qui seraient exercées par la commission qu'il établissait. Toutes ces clauses étant contraires à la loi étaient par cela même réputées non écrites. Ce qui n'empêche pas le conseil communal, appelé à nommer une commission administrative, de se conformer au vœu du testateur (1). Toutefois, l'on aurait tort de s'y astreindre par respect pour la volonté du fondateur. Il est certain que si les personnes réellement charitables connaissaient l'organisation des établissements de charité, ils ne songeraient pas à les remplacer par des administrations spéciales, ni à déroger à leurs droits, ou, pour mieux dire, à leurs obligations.

L'inspiration du clergé se fait sentir là où un souffle d'intolérance anime les fondateurs. Il leur faut une commission autre que celle des hospices civils, c'est l'évêque qui la nommera; que si l'hospice ne conserve pas ce caractère, c'est-à-dire s'il ne reste pas sous la direction exclusive du clergé, le testateur a bien soin d'ajouter une clause révocatoire quelconque. On voit que le législateur a raison de n'attacher aucune importance à une volonté si peu éclairée, et qu'il fait bien de ne pas tenir compte de sentiments si peu charitables. Il montre plus de charité que le défunt, en réputant non écrites les clauses contraires à la loi et en maintenant la libéralité, quand il y a un légataire capable de recevoir, c'est-à-dire quand le legs est fait dans l'intérêt des pauvres (2).

On lit dans un acte de fondation que « la direction morale et religieuse de l'établissement devra toujours être agréée par l'autorité supérieure ecclésiastique. » L'arrêté royal, contre-signé par un ministre catholique, porte qu'il n'y a pas lieu, *dans l'état actuel de la législation*, de considérer cette clause comme obligatoire (3). Est-ce un regret? est-ce un pieux désir? Nous espérons qu'il n'y sera jamais donné satisfaction, précisément parce que

(1) Arrêté du 27 septembre 1858 (Circulaires, 1858, p. 178).
(2) Arrêté du 27 avril 1859 (Circulaires, 1859, p. 385).
(3) Arrêté du 16 octobre 1856 (Circulaires, 1856, p. 501).

nous tenons à une bonne direction morale; tandis que l'Eglise confond la morale avec sa domination; ce qui aboutit, en fait, à n'enseigner d'autre devoir aux fidèles que celui d'une obéissance aveugle au clergé.

Ce n'est pas que les religieuses soient exclues de nos hospices; elles les desservent à peu près tous. Mais ce n'est pas une obligation pour les administrateurs de leur confier ce service. A Gand, les frères et les sœurs ont été remplacés, dans les deux orphelinats, par une administration laïque, au grand avantage de la direction intellectuelle, morale et matérielle. La clause qui se présente si souvent dans les actes de fondation, que l'hospice soit desservi par les religieuses, est donc nulle comme obligation, sauf à la commission administrative à user de la faculté qu'elle a de confier le service aux religieuses si elle le juge convenable (1). L'intérêt de la charité veut que l'administration conserve une entière liberté.

La domination que le clergé exerce sur les esprits a son écueil, même au point de vue de l'intérêt de l'Église. Un excès conduit fatalement à un excès contraire. Il ne faut pas être prophète pour prédire avec certitude que la réaction sera aussi violente que la tyrannie qui pèse sur les consciences. Déjà elle se manifeste dans les fondations. Voici un testateur qui met comme condition à son legs, avec clause révocatoire, que tout le personnel appelé à diriger, administrer ou surveiller l'établissement sera composé, à perpétuité, de personnes laïques, à l'exclusion de tous ecclésiastiques, religieuses ou congréganistes appartenant à un culte quelconque. La condition fut effacée, malgré la clause révocatoire, parce qu'elle portait atteinte aux droits de la commission administrative (2).

On est si habitué, en Belgique, à la toute-puissance du clergé, qu'il paraît très-naturel de stipuler dans une fondation que l'évêque aura, à l'égard de l'aumônier de l'hospice, les mêmes droits, ou, comme le dit le testateur, la même autorité qu'à l'égard des desservants. Il est vrai

(1) Arrêtés du 9 novembre 1865 (Circulaires, 1865, p. 321), du 31 mars 1866 (Circulaires, 1866, p. 412) et du 18 mars 1868 (Circulaires, 1868, p. 271).
(2) Arrêté du 16 octobre 1867 (Circulaires, 1867, p. 195).

que, dans notre ordre constitutionnel, c'est l'évêque qui nomme les ministres du culte; mais pour qu'un ministre puisse fonctionner comme aumônier dans un hospice, il faut de plus qu'il soit agréé par la commission administrative. Toute clause qui ne tient pas compte de ce droit doit être effacée ou modifiée (1).

278. Il en est de même des clauses qui concernent le régime intérieur de l'établissement. Nous multiplions les exemples, parce que les clauses nulles abondent dans les fondations. Un testateur lègue une rente perpétuelle à la commune, avec la charge qu'elle servira à un établissement pouvant soutenir quatre malades. Première nullité : la commune n'a aucune qualité pour recevoir un don en faveur de personnes malades : le testateur aurait dû instituer la commission des hospices. Le fondateur veut que les malades se fassent traiter par un médecin homéopathe. Seconde nullité : c'est à la commission des hospices de choisir librement le médecin auquel elle confie le traitement des malades. Enfin le testateur dit que la direction de l'établissement et l'emploi des fonds se feront sous la surveillance du curé, du bourgmestre et de l'instituteur. Troisième nullité. Donc toutes les clauses étaient illégales et, comme telles, réputées non écrites. La commission des hospices fut autorisée à accepter le legs, à la condition d'exécuter les charges légales qui le grevaient (2).

Un testateur eut la bonne pensée de donner à la commission des hospices un capital de 10,000 francs, dont les intérêts devaient être distribués aux malades les plus nécessiteux, à leur sortie de l'hôpital. Mais il ajouta que la distribution se ferait par les soins de la directrice, probablement une religieuse. Le donateur, averti que sa clause était illégale, consentit à la supprimer (3).

Notons encore que c'est à la commission administrative de régler la comptabilité comme elle l'entend, ainsi que le placement des fonds, sous la surveillance de l'autorité communale. Les fondateurs ne peuvent rien prescrire

(1) Arrêté du 11 novembre 1863 (Circulaires, 1863, p. 511).
(2) Arrêté du 3 août 1865 (Circulaires, 1865, p. 267).
(3) Arrêté du 11 septembre 1866 (Circulaires, 1866, p. 500).

à cet égard. Toute clause limitant les pouvoirs de l'administration serait réputée non écrite (1).

d) Conditions réputées non écrites dans les dons faits aux fabriques

279. Nous nous sommes longuement occupé des dons que les fabriques peuvent recevoir, ainsi que des clauses contraires aux lois qui accompagnent les libéralités (nos 239-251). Cela nous dispense d'entrer dans de nouveaux détails. Il suffira de rapporter quelques applications faites par les arrêtés royaux.

Un testateur lègue à la fabrique un capital, à charge de faire célébrer à perpétuité cinquante messes chez les Récollets. L'église des Récollets n'ayant pas d'existence légale, parce que les Récollets ne sont pas reconnus et ne peuvent l'être, la clause a été effacée, sauf à la fabrique à faire célébrer les messes ailleurs (2).

280. La vanité humaine se produit jusqu'au sein des temples où les hommes devraient cependant se rappeler qu'ils sont tous enfants d'un même père. Dans une donation faite à une fabrique, pour la reconstruction d'une église, le gouverneur du Limbourg stipula qu'une concession perpétuelle de tribune lui serait accordée. Averti par le département de la justice que cette clause n'était pas légale, le donateur voulut bien consentir à la retirer (3).

La condition d'être inhumé dans une église, au pied de l'autel, est dictée par la vanité pour le moins autant que par la religion. Elle est en opposition formelle avec le décret du 23 prairial an XII. Il a été jugé qu'elle devait être regardée comme non écrite, quoique le testateur eût déclaré qu'elle était *de rigueur* (4).

(1) Arrêtés du 9 septembre 1861 (Circulaires, 1861, p. 115) et du 24 mai 1862 (Circulaires, 1862, p. 282).
(2) Arrêté du 19 mai 1862 (Circulaires, 1862, p. 274).
(3) Arrêté du 4 août 1862 (Circulaires, 1862, p. 310).
(4) Jugement du tribunal de Castel-Sarrasin du 7 mai 1869 (Dalloz, 1870, 3, 26).

IV. *De l'autorisation.*

1. QUI DOIT LA DEMANDER.

281 C'est l'établissement d'utilité publique gratifié par le donateur ou par le testateur qui doit demander l'autorisation d'accepter. Si les actes étaient rédigés conformément aux lois qui régissent la matière, nous n'aurions pas besoin de poser la question, l'acte la déciderait. Mais les détails dans lesquels nous sommes entré prouvent combien les actes sont irréguliers. Il y en a qui n'indiquent aucun établissement, et qui par là échappent souvent à la nécessité de l'autorisation. Ce sont des aumônes que le testateur charge son légataire ou son exécuteur testamentaire de distribuer; s'il n'y a aucune réclamation, la distribution se fera sans l'intervention du bureau de bienfaisance, lequel légalement devrait intervenir. La loi est éludée; elle est violée lorsque la libéralité s'adresse à une personne incapable. Souvent c'est de bonne foi et par ignorance que l'auteur de la disposition ou l'officier public qui en dresse acte indiquent un établissement incapable de recevoir, ou une personne revêtue d'une fonction publique, également incapable : nous en avons donné plus d'un exemple. Ces nombreuses erreurs sont journellement redressées par les arrêtés royaux qui accordent l'autorisation; il est plus simple que ceux qui rédigent les actes et ceux qui donnent des conseils aux parties intéressées se conforment à la stricte observation de la loi.

282. La question de savoir qui doit demander l'autorisation est très-facile à résoudre, d'après les principes que nous avons posés. Il faut avant tout que l'établissement gratifié soit capable de recevoir. L'incapacité est absolue lorsque l'établissement n'a pas d'existence légale. Qui ne sait que les congrégations ou associations religieuses sont incapables de recevoir parce qu'elles n'existent pas aux yeux de la loi? Voici cependant une donation d'une maison servant de local pour une congrégation de jeunes filles qui est faite à la fabrique, à charge que le bâtiment servira à perpétuité et exclusivement pour la congrégation. L'arrêté royal refusa l'autorisation deman-

dée par la fabrique. On lit dans les considérants que la fabrique ne peut servir d'intermédiaire pour conférer à une congrégation le bénéfice indirect de la personnalité civile, en recueillant une dotation qui assurerait la jouissance d'un local à ladite association (1). La nullité de la donation était évidente; cependant parmi les donateurs se trouvait un avocat!

Nous disons que l'incapacité des établissements ou corporations non reconnus par la loi est absolue, en ce sens que le gouvernement ne peut pas les reconnaître et leur donner capacité de recevoir, sinon dans les cas prévus par la loi. Le pouvoir législatif seul peut accorder la personnification civile; c'est au pouvoir législatif que les donataires ou légataires incapables doivent être renvoyés, s'ils demandent l'autorisation d'accepter une libéralité. Il y a un arrêté royal en ce sens. Un testateur affecte ses biens à des bourses pour des étudiants de sa famille et, à défaut de parents, pour des étudiants pauvres de Saint-Trond, qui feront leurs études dans des écoles légales, collèges, séminaires ou universités. Le testateur nomme ensuite des collateurs. Quel était l'établissement public qui devait recueillir cette libéralité? On ne le savait. L'arrêté décida qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la demande des collateurs désignés dans l'acte, la législature seule ayant le droit de créer une personne civile (2). D'après la loi de 1864, une pareille libéralité pourrait être acceptée par la commission provinciale chargée de la gestion des bourses (n° 207).

283. Quand l'acte mentionne le service public auquel la libéralité est destinée, c'est l'établissement préposé à ce service qui seul peut recueillir la libéralité; peu importe que l'acte n'indique aucun établissement, ou qu'il désigne un établissement incompétent; la nature du service emporte institution en faveur de l'administration légale qui est préposée à ce service (3). Il suit de là que

(1) Arrêté du 18 décembre 1858 (Circulaires, 1858, p. 263).
(2) Arrêté du 9 mars 1861 (Circulaires, 1861, p. 36).
(3) Arrêté du 31 juillet 1867 (Circulaires, 1867, p. 149). Ce principe est reproduit dans un grand nombre d'arrêtés royaux.

l'autorisation d'accepter les libéralités affectées à un service public doit être demandée par les administrateurs des établissements légaux organisés pour ce service. Le donataire ou le légataire véritable est le service public auquel la libéralité doit profiter : c'est le gratifié qui demande l'autorisation par son organe légal. La circulaire du 10 avril 1849, qui pose le principe, en fait l'application aux cas les plus usuels.

Lorsqu'une libéralité est faite à un établissement communal, c'est le conseil communal qui est appelé à la recueillir, et qui, par conséquent, doit demander l'autorisation de l'accepter. L'article 76, n° 3, de la loi communale, qui consacre ce principe, suppose qu'il s'agit d'institutions dépendant directement de la commune et administrées par l'autorité communale : telles sont les écoles communales, tel serait un atelier de charité organisé par la commune. Si la libéralité est faite à des établissements qui dépendent, à la vérité, de la commune, mais qui ont une administration spéciale, ce sont les administrateurs de ces établissements qui doivent demander l'autorisation d'accepter ; le conseil n'intervient, en ce cas, que pour donner son avis. Nous avons dit plus haut quels sont ces établissements : les bureaux de bienfaisance, les hospices, les fabriques d'église sont les plus importants.

Quant aux établissements qui ne dépendent ni directement ni indirectement de la commune, on suit le même principe : sont-ils régis par la province ou par l'Etat, c'est le conseil provincial qui accepte ou le ministre chargé du service gratifié ; ont-ils une existence indépendante, ce sont les administrateurs qui acceptent (1). Nous avons déjà fait l'application de ces principes à l'instruction publique (nos 199-207).

281. Comment les administrateurs des établissements appelés à recueillir une libéralité auront-ils connaissance du don ou du legs qu'ils doivent accepter ? Aux termes de l'arrêté du 4 pluviôse an XII (art. 2), les notaires qui reçoivent les donations et les testaments sont tenus de

(1) Circulaire du 10 avril 1849 (Circulaires, 1849, p. 293-295).

donner avis aux administrateurs des hospices des dispositions que ces actes contiennent en leur faveur. Le décret du 30 décembre 1809 (art. 58) veut que le notaire devant lequel il aura été passé un acte contenant donation entre-vifs ou disposition testamentaire au profit d'une fabrique en donne avis au curé ou desservant. Si l'acte contient une libéralité au profit d'un séminaire, le notaire doit, en vertu du décret du 6 novembre 1813 (art. 67), en donner avis à l'évêque.

Ces dispositions sont incomplètes; elles ne parlent pas des bureaux de bienfaisance, ni des libéralités faites au profit de l'instruction publique. Il serait à désirer que le gouvernement adressât une circulaire aux notaires, pour généraliser l'obligation que les décrets leur imposent, et pour rappeler en même temps les principes qui régissent cette matière. Parfois l'acte ne mentionne aucun établissement : ce sont des legs pies dont le testateur charge son exécuteur testamentaire : ou il institue les pauvres, ou il fonde un hospice pour les indigents. Il serait facile aux rédacteurs des actes de prévenir toute difficulté en faisant connaître aux donateurs et testateurs la voie légale qu'ils doivent suivre. En tout cas, dès que la libéralité intéresse les pauvres, les notaires en doivent donner connaissance aux administrations chargées du service de la charité, aux bureaux de bienfaisance et aux hospices. De même tout legs pie doit être communiqué à la fabrique. Les libéralités destinées à l'enseignement doivent être notifiées aux communes, à la province ou à l'Etat; et celles qui sont faites dans l'intérêt des boursiers doivent être portées à la connaissance des commissions provinciales. Les notaires connaissent rarement ces lois spéciales ; et comment leur en faire un reproche, alors que les avocats et les magistrats les ignorent? Il serait donc utile de résumer dans une circulaire les lois et les principes.

2. CONDITIONS ET RÈGLES CONCERNANT L'AUTORISATION.

285. Pour qu'il y ait lieu d'autoriser l'acceptation d'une libéralité, il faut qu'il y ait libéralité. On dira que

cela va de soi, et, toutefois, des corps administratifs s'y sont trompés. Il n'y a aucun doute quant aux testaments, ils ne s'ouvrent qu'à la mort du testateur; jusque-là il n'y a pas de legs, donc il n'y a pas lieu à acceptation. Les donations se parfont par le concours de consentement; pour qu'il y ait libéralité entre-vifs, il faut donc le consentement, c'est-à-dire l'acceptation du donataire; jusque-là le donateur n'est pas lié, il peut révoquer le don qu'il a fait; ce don n'est, en réalité, qu'une offre. Or, les établissements publics ne peuvent accepter qu'en vertu d'une autorisation; donc la donation qui leur est faite reste une offre révocable, jusqu'à ce que l'établissement dûment autorisé accepte. Est-ce à dire qu'il suffise d'une simple offre de donner pour que l'autorisation puisse être accordée? La donation doit être parfaite, en ce sens qu'il ne manque pour sa perfection que l'acceptation du donataire; il faut donc un acte notarié constatant l'offre du donateur. Tant qu'il n'y a pas d'acte, il n'y a qu'un simple projet de donner; en vain un arrêté royal autoriserait-il l'acceptation de cette prétendue offre, le donateur ne serait pas lié, car il n'a réellement pas fait d'offre. C'est en ce sens qu'il faut entendre un arrêté royal qui a annulé une décision de la députation permanente d'Anvers. Celle-ci avait autorisé une fabrique à accepter l'offre d'un don de 1,000 francs faite par une simple lettre. Il est dit dans les considérants, et avec raison, qu'il n'y a de donation susceptible d'être acceptée que celle qui réunit les conditions prescrites par l'article 931. Il est vrai que l'empereur a statué parfois sur de simples offres de donation, non consignées dans un acte notarié, mais il l'a fait en vertu de la toute-puissance qu'il exerçait; sous un régime constitutionnel, l'administration ne peut plus suspendre les lois (1).

286. Un arrêté royal du 27 octobre 1825 porte qu'aucune autorisation à l'effet d'accepter les libéralités faites aux fabriques d'église, établissements de charité ou autres institutions dites de mainmorte ne sera dorénavant

(1) Arrêté du 25 août 1850 (Circulaires, 1850, p. 174).

accordée si la demande n'en a été formée dans le délai d'un an, à compter de la date de l'acte pour les donations entre-vifs, et, du jour des déclarations faites par les héritiers pour les droits de succession, quant aux legs. La circulaire de 1849 dit que cet arrêté ne fait que consacrer une règle de discipline administrative; que le gouvernement, quoiqu'il tienne à sa stricte observation, pourra relever de la déchéance qu'il prononce implicitement, sans que les tiers puissent contester la validité d'une autorisation donnée après l'expiration d'une année. On pourrait même soutenir, et c'est notre avis, que l'arrêt de 1825, en tant qu'il établit une déchéance contre les établissements publics qui ne demandent pas l'autorisation dans l'année, est illégal. En effet, comme le dit la circulaire, les donations entre-vifs peuvent être acceptées pendant toute la vie du donateur, et l'action en délivrance d'un legs ne se prescrit que par trente ans (1). Le gouvernement a-t-il le droit de limiter ce délai à un an, sous peine de déchéance? Non, certes, car ce serait déroger à la loi, et le roi des Pays-Bas n'avait pas ce droit-là. L'arrêté de 1825 est une simple mesure de discipline administrative, et très-sage, comme telle. Tant que la donation n'est pas acceptée, le donateur peut la révoquer; il importe donc que l'acceptation se fasse le plus tôt possible. Quant aux legs, le légataire a, à la vérité, trente ans pour demander la délivrance, mais il est intéressé à la demander immédiatement pour jouir des fruits.

287. Le donateur pouvant révoquer son offre tant qu'elle n'est pas acceptée, les établissements donataires auraient grand intérêt à accepter provisoirement, avec cet effet que le donateur serait lié par cette acceptation. Au conseil d'Etat, on en fit la proposition; Bigot-Préameneu objecta que par aucune considération on ne pouvait supposer aux administrateurs le pouvoir d'accepter sans y être autorisés (2). Dans la rigueur du droit, cela est vrai, et cela confirme l'opinion que nous avons enseignée, que les établissements publics, par eux-mêmes,

(1) Circulaire du 10 avril 1849 (Circulaires, 1849, p. 296).
(2) Séance du 12 ventôse an XI, n° 19 (Locré, t. V, p. 251).

sont incapables de recevoir, et qu'ils ne deviennent capables qu'en vertu de l'autorisation (n° 187). Mais il y a, dans l'espèce, une question d'utilité qui doit l'emporter sur la subtilité du droit. L'acceptation provisoire ne donnerait pas aux établissements publics une capacité qu'ils n'ont point, puisqu'elle n'aurait d'effet qu'en vertu de l'autorisation. Aussi s'est-on écarté successivement du code civil, en France, en faveur de la plupart des établissements d'utilité publique (1); et le législateur belge a admis la même chose pour les libéralités faites au profit de l'enseignement; les donations entre-vifs, aux termes de la loi du 19 décembre 1864 (art. 47), sont acceptées sous la réserve de l'approbation de l'autorité compétente; l'acceptation lie, sous la même réserve, le donateur dès qu'elle lui a été notifiée. C'est la seule dérogation qui ait été apportée à l'article 910; dans les autres cas, l'acceptation ne peut être provisoire.

La conséquence est que les administrateurs ne peuvent pas demander la délivrance du legs, et que, par suite, l'établissement ne jouira pas des fruits (2); car avant l'acceptation le légataire n'a pas le droit d'agir; or, nos lois ne permettent jamais l'acceptation provisoire des legs, la loi de 1864 ne concernant que les donations. C'est une lacune regrettable. Faut-il en conclure que les administrateurs ne peuvent pas même faire les actes conservatoires? Si l'on poussait le principe de l'article 910 à bout, il faudrait dire que les établissements publics, n'ayant pas de droit, ne peuvent rien faire pour le conserver; mais cette rigueur serait excessive et contraire à la volonté du législateur; le décret du 4 pluviôse an XII porte qu'en attendant l'acceptation, les receveurs des pauvres et des hospices feront tous les actes conservatoires qui seront jugés nécessaires (art. 4). Cette disposition doit être appliquée par analogie à tous les établissements d'utilité publique; il est vrai qu'ils n'ont pas de droit actuel, mais ils ont au moins un droit éventuel; or, un droit éventuel suffit pour autoriser des mesures conservatoires (arti-

(1) Troplong, *Des donations*, t. II, n° 678, p. 230 de l'édition belge.
(2) Bruxelles, 27 mars 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 209).

de 1180). La jurisprudence est en ce sens (1), ainsi que la pratique administrative (2).

La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans l'espèce suivante. Un legs avait été fait aux pauvres; le testament fut attaqué. Mise en cause, la fabrique d'église conclut, avant toute autorisation, au maintien du testament. Pourvoi en cassation. On soutint que la décision était nulle, parce qu'elle ordonnait l'exécution d'une disposition faite au profit d'un établissement public, avant que le gouvernement en eût autorisé l'acceptation. La cour prononça un arrêt de rejet. Il n'était pas exact de dire que la fabrique avait demandé et que le tribunal avait ordonné la délivrance du legs; elle s'était bornée à conclure au maintien du legs; cette décision ne liait pas le gouvernement, qui restait libre d'accorder ou de refuser l'autorisation. C'était donc un simple acte de conservation que la fabrique avait qualité de faire (3). Notons seulement que, d'après les vrais principes, la fabrique n'a aucune qualité pour recueillir un legs fait aux pauvres; leur seul représentant légal est le bureau de bienfaisance (n°s 247, 248).

Mais les tribunaux ne pourraient pas ordonner des mesures d'exécution avant que l'autorisation administrative soit accordée. La cour de cassation a cassé un arrêt qui renvoyait les parties devant un notaire pour établir un compte. Vainement prétendait-on que l'autorisation de plaider accordée au bureau de bienfaisance suffisait pour lui donner qualité. Autre est l'autorisation de plaider, qui a pour objet de sauvegarder les droits éventuels de l'établissement gratifié; autre est l'autorisation d'accepter une libéralité; celle-ci est d'ordre public, et ne peut être remplacée par une formalité équipollente, car il n'y a pas d'équipollence en matière de formes solennelles (4).

238. La demande d'autorisation est suivie d'une instruction, dont nous ne dirons qu'un mot, puisque cette

(1) Gand, 8 février 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 27).
(2) Circulaire du 10 avril 1849 (Circulaires, 1849, p. 300)
(3) Rejet, 5 mai 1856 (Dalloz, 1857, 1, 37).
(4) Cassation, 12 novembre 1862 (Dalloz, 1862, 1, 505).

matière ne concerne que l'administration. Il faut une délibération des administrateurs de l'établissement, contenant résolution d'accepter la libéralité et demande en autorisation. Il y a une disposition spéciale en matière de culte : le décret du 30 décembre 1809 (art. 59) charge le bureau des marguilliers de délibérer sur l'acceptation des dons et legs faits au profit de la fabrique. Quand il s'agit d'un établissement communal, le conseil est appelé à donner son avis sur l'avantage que la libéralité peut avoir pour la commune, ainsi que sur la position de la famille du testateur ou donateur. La législation française, plus prévoyante que la nôtre, exige de plus que les parents déclarent formellement s'ils adhèrent à la libéralité, ou s'ils s'y opposent ; par suite, les préfets doivent, sous peine de nullité, mettre les parents en demeure de se prononcer(1). Les héritiers ont le droit de réclamer quand ils sont dans le besoin, car le devoir du défunt était, avant tout, de soigner pour sa famille. Cela suppose que le testateur n'a pas exclu ses parents en instituant un légataire universel ; ils sont alors sans intérêt, et leur réclamation ne peut être accueillie (2).

Outre l'avis de l'autorité communale, le gouvernement doit prendre celui de l'évêque pour les libéralités faites aux fabriques, aux congrégations hospitalières et aux séminaires (3).

3. QUI DOIT AUTORISER.

289. D'après l'article 910, l'autorisation devait toujours émaner du gouvernement. La loi communale de 1836 a dérogé au code civil. Elle distingue. Si la libéralité faite à la commune ou à un établissement communal excède 5,000 francs (4), le roi accorde l'autorisation, sur

(1) Circulaire du ministre de l'intérieur du 4 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 3, p. 75, § 9). Arrêts du conseil d'État du 22 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 3, 61), du 1er mars 1866 (Dalloz, 1867, 3, 3) et du 1er août 1867 (Dalloz, 1868, 3, 81).
(2) Arrêté du 22 novembre 1861 (Circulaires, 1861, p. 163).
(3) Voyez les lois citées dans la circulaire du 10 avril 1849 (Circulaires, 1849, p. 301).
(4) Loi du 30 juin 1865, art. 2, qui modifie l'article 76 de la loi communale.

l'avis de la députation permanente. La loi semble dire que le roi est seulement appelé à *approuver* les délibérations des conseils communaux; mais l'expression d'*approbation* ne signifie pas que le conseil communal accepte et que le roi approuve l'acceptation; le conseil communal décide seulement qu'il y a lieu d'accepter et de demander l'autorisation. C'est donc le roi qui autorise, et l'acceptation suit l'autorisation.

Lorsque la libéralité n'excède pas 5,000 francs, la députation permanente autorise l'acceptation. S'il y a opposition, la décision est notifiée, dans les huit jours, à la partie réclamante. Il peut aussi y avoir réclamation contre la décision de la députation; en ce cas, le roi statue sur l'acceptation, la répudiation ou la réduction de la libéralité.

Les dispositions de la loi communale ne concernent que les communes et les établissements communaux. Quant aux autres établissements d'utilité publique, le code civil reste en vigueur, et par conséquent il faut une autorisation du roi pour autoriser l'acceptation.

L'application de ces principes donne lieu à des difficultés sur lesquelles nous renvoyons à la circulaire du 10 avril 1849, la matière étant purement administrative (1).

290. L'autorisation n'est pas une simple formalité; elle est requise pour sauvegarder l'intérêt de la société et celui des familles. Cela implique le pouvoir de refuser l'autorisation, et par suite le droit d'autoriser l'acceptation partielle. Pourquoi les établissements d'utilité publique ne sont-ils pas, comme tels, capables de recevoir? Il y a d'abord le danger de la mainmorte. L'autorité, appelée à autoriser, doit examiner, avant tout, si la libéralité est nécessaire ou utile à l'établissement qui demande l'autorisation de l'accepter. Un avis du comité de l'intérieur dit, avec raison, que si la libéralité n'était pas nécessaire ou du moins utile à l'établissement auquel elle est destinée, elle ne devrait pas être autorisée, car on ne

(1) Circulaires, 1849, p. 270-273.

doit pas favoriser l'augmentation des biens de mainmorte (1). Il faut avouer que ce danger n'est guère à craindre depuis que les congrégations religieuses sont abolies ; car les particuliers sont peu disposés à donner à des établissements laïques. Il y a un autre intérêt également important, celui des familles. Le défunt qui ne laisse pas de réservataires peut sans doute disposer de ses biens comme il l'entend, et s'il le fait au profit de particuliers, ses héritiers légitimes n'ont pas le droit d'attaquer ses dispositions. Pourquoi leur donne-t-on ce droit quand le legs est fait au profit d'un établissement public ? C'est que le testateur a pu céder à des influences que le législateur ne saurait approuver. Il est beau de donner son nom à un hospice ; mais avant de songer aux pauvres, étrangers à la famille, le testateur doit veiller à ce que ses proches parents ne meurent pas de faim. Il y a des influences plus dangereuses, parce qu'elles tendent à affaiblir l'autorité civile au profit de l'Eglise. Le testateur possédait des biens provenant de l'ancien patrimoine de l'Eglise ; il les lègue à la fabrique, ou à un séminaire, par un scrupule très-déplacé, en dépouillant ses parents pauvres ; le gouvernement ne doit pas autoriser de pareilles libéralités. C'est l'avis du comité de l'intérieur ; le département de la justice s'est approprié ces principes, en reproduisant la doctrine de Vuillefroy, lequel n'a fait que résumer les maximes de l'administration française (2).

L'autorité appelée à autoriser peut réduire la libéralité dans l'intérêt des héritiers *ab intestat*. Ce droit est d'ordre public, aussi bien que le droit d'autorisation ; il permet au gouvernement de concilier les divers intérêts, celui de l'établissement gratifié et celui de la famille exclue (3). Pourrait-il, s'il y avait des parents pauvres et des parents riches, attribuer les biens réduits aux pre-

(1) Avis du 10 septembre 1830 (Vuillefroy, *Du culte catholique*, p. 300, note *a*).

(2) Circulaire du 10 avril 1849 (Circulaires, 1849, p. 305 et suiv.).

(3) Voyez des exemples de réduction dans les arrêtés du 30 décembre 1847 (Circulaires, 1847, p. 134), du 24 mai 1862 (Circulaires, 1862, p. 284), du 14 avril 1868 (Circulaires, 1868, p. 283) et du 22 décembre 1869 (Circulaires, 1869, p. 590).

miers? Non (1); ce serait faire un testament et instituer des légataires par arrêté administratif, ce qui dépasse évidemment le pouvoir de l'administration.

291. Le gouvernement ne pourrait pas davantage modifier les obligations ou les charges que le testateur a imposées à son legs (2), sauf à déclarer non écrites celles qui sont contraires à la loi. Dans ce cas, on altère, il est vrai, la volonté du défunt; mais la loi le veut ainsi (article 900) par les plus graves motifs d'intérêt public.

291 *bis*. Le testateur qui lègue tous ses biens à un établissement d'utilité publique exclut par cela même ses parents. Si, sur la réclamation de ceux-ci, le gouvernement réduit le legs, c'est la famille légitime qui en profite; il y a alors succession *ab intestat* jusqu'à concurrence de la portion réduite. Parfois le testateur, prévoyant le refus de l'établissement public, ou la réduction, lui substitue un autre légataire. Il peut aussi arriver que l'établissement transige avec la famille. On demande qui profitera de la réduction? ou à qui profitera la transaction? est-ce aux héritiers légitimes ou au légataire substitué? C'est une question d'interprétation de volonté, dit la cour de cassation (3). Sans doute; mais il nous semble que l'intention du testateur est assez claire. Quand il substitue un légataire à l'établissement qu'il voulait gratifier, il manifeste la volonté d'exclure ses parents : ce qui ne profite pas à l'établissement public doit donc revenir au légataire substitué, à moins que le testateur ne déclare une intention contraire.

291 *ter*. Les lois permettent encore d'autres modifications de la volonté du testateur. Il est de principe que les fondations sont toujours soumises au pouvoir souverain; il les autorise pour cause d'utilité publique; si la fondation devient inutile ou dangereuse, l'Etat a le droit et le devoir de la modifier ou de la supprimer. Cela a toujours

(1) Sauf du consentement des héritiers (Arrêté du 16 décembre 1859, Circulaires, 1859, p. 541).

(2) Vuillefroy, *Du culte catholique*, p. 301.

(3) Rejet, 13 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 1, 124) et 18 janvier 1869 (Dalloz, 1872, 1, 61).

été admis et pratiqué par l'Eglise, et ce que l'Eglise a fait, le pouvoir civil peut aussi le faire. Alors même que la fondation est maintenue, il peut devenir nécessaire de la modifier. D'après le décret du 30 décembre 1809 (art. 29), lorsque le revenu d'une fondation de services religieux est devenu inférieur au prix de ces services, la réduction en peut être autorisée par l'évêque, conformément aux lois canoniques. De même la loi du 19 décembre 1864 permet d'étendre ou de restreindre les fondations faites au profit de l'instruction publique, selon que les revenus augmentent ou diminuent (art. 13 et 14).

Il arrive tous les jours que l'arrêté royal qui autorise l'acceptation d'une libéralité, l'attribue à un établissement autre que celui que le défunt a voulu gratifier; nous en avons donné de nombreux exemples. A vrai dire, le roi ne modifie pas, dans ce cas, la volonté du testateur; il ne fait que rétablir la compétence légale des divers établissements, que le testateur avait méconnue. Le gouvernement peut aussi, tout en autorisant la libéralité, en modifier l'exécution. Une testatrice lègue 1,000 francs pour fonder des lits dans les hospices. Si l'on prenait ce legs à la lettre, il serait inexécutable, car il ne suffit pas même pour fonder un seul lit. L'arrêté royal a interprété la volonté de la défunte en ce sens que le revenu de ce capital serait employé à l'entretien d'indigents admis dans les hospices (1). Lorsque la charge de services religieux dépasse le produit de la fondation, faut-il refuser l'autorisation, ou faut-il en permettre la réduction? La jurisprudence administrative a varié; elle a fini par se prononcer pour l'acceptation, sauf à réduire la fondation conformément au tarif. Il nous semble que cette dernière opinion doit être préférée; c'est l'application aux testaments d'une règle d'interprétation que l'on suit en matière de contrats : il vaut mieux donner à la volonté du testateur l'effet que légalement elle peut avoir que de l'annuler; or, il est certain que celui qui fonde quinze messes, alors que le revenu de la fondation permet seulement d'en célébrer dix,

(1) Arrêté du 24 février 1862 (Circulaires, 1862, p. 232).

préfère que l'on réduise sa fondation à dix messes plutôt que de la voir annulée (1). Enfin, il a été jugé que lorsqu'un legs considérable est fait pour les pauvres, sans que le testateur dise que la somme léguée doive être distribuée immédiatement, le gouvernement, en autorisant le bureau de bienfaisance à l'accepter, peut ordonner que le montant sera placé en rentes sur l'Etat, pour les arrérages être distribués conformément aux intentions de la testatrice (2). Dans l'espèce, on soutenait que les curés, désignés par la testatrice pour distribuer ses aumônes, avaient seuls qualité pour accepter le legs et en disposer. La cour a décidé, au contraire, que le legs devait être recueilli par le bureau de bienfaisance, comme le gouvernement l'avait ordonné. L'intervention d'un établissement légal permettait de perpétuer la fondation, tandis que si les curés en avaient fait la distribution, la somme de 15,000 francs léguée par la testatrice aurait été dépensée de suite, et peut-être inutilement, en ce sens qu'il y aurait eu profusion.

292. Le gouvernement autorise l'acceptation, mais ce n'est pas lui qui accepte, c'est l'établissement chargé du service dans l'intérêt duquel la libéralité est faite. Il est arrivé que le testateur voulait gratifier la fabrique en la chargeant d'une fondation d'instruction; le gouvernement doit refuser l'autorisation, puisque la fabrique n'a pas mission d'enseigner. La libéralité doit être recueillie par la commune; mais si la commune refuse? En Belgique, on décide que le legs devient caduc par le refus du légataire. Nous en avons cité un exemple (n° 270). En voici un autre. Un testateur lègue au séminaire une rente perpétuelle de 200 francs, à la charge de faire donner l'instruction gratuite, dans un pensionnat convenable, à une jeune personne de sa famille. Le séminaire n'avait aucune qualité pour accepter un legs de cette nature, et le conseil communal intéressé refusa de prendre aucune délibération. L'arrêté royal décida qu'il serait statué ulté-

(1) Avis du comité de législation du 22 juillet 1840 (Vuillefroy, *Du culte catholique*, p. 399, note *b*).
(2) Douai, 11 février 1845 (Dalloz, 1845, 2, 60).

rieurement (1); tant qu'il n'y a pas de demande d'autorisation, le roi ne peut pas autoriser. Quand le conseil communal refuse, en alléguant un motif que le gouvernement rejette, tel que l'intérêt de la famille, l'arrêté royal peut attribuer le legs à la commune (2). Mais si la commune s'obstine à refuser, nous ne voyons pas de moyen légal de lui forcer la main. En France, on décide que le préfet peut autoriser la commune à accepter une libéralité, encore que le conseil municipal ait pris une délibération portant refus du don ou du legs (3). Cela est plus rationnel. C'est d'ordinaire la funeste influence du clergé qui dicte le refus : plutôt pas de fondation qu'une fondation dont l'Eglise n'a pas le bénéfice! Faut-il que la société plie sous le fanatisme uni à l'esprit de domination?

293. L'autorisation est d'ordre public, puisqu'elle est exigée dans l'intérêt de la société et des familles. Il suit de là qu'il ne peut être dérogé à l'article 910 par des conventions particulières (art. 6). La cour de cassation a jugé, par application de ce principe, que le consentement du donateur et de ses héritiers, même l'exécution volontaire de leur part, ne pouvait valider la donation; il ne peut pas y avoir de confirmation quand la nullité est d'ordre public, comme nous le dirons au titre des *Obligations*. Il a été jugé, en conséquence, que les héritiers qui avaient consenti et exécuté la donation, étaient néanmoins recevables à en demander la nullité (4). Cela ne fait aucun doute.

4. EFFETS DE L'AUTORISATION.

294. Lorsque l'autorisation d'accepter a été accordée par le roi ou par la députation permanente, il reste à exécuter l'arrêté. Pour ne pas scinder cette matière spéciale, nous allons exposer les principes qui régissent l'acceptation. Aux termes de l'article 937, les donations faites

(1) Arrêté du 7 septembre 1856 (Circulaires, 1856, p. 465).
(2) Arrêté du 31 décembre 1867 (Circulaires, 1867, p. 234).
(3) Décret du conseil d'Etat du 14 avril 1864 (Dalloz, 1864, 3, 97).
(4) Cassation, 24 juillet 1854 (Dalloz, 1854, 1, 307).

au profit d'hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés. Il y a, en outre, des lois spéciales en cette matière.

Un arrêté du 19 vendémiaire an XII charge les receveurs des revenus des hôpitaux, bureaux de charité, maisons de secours et autres établissements de bienfaisance de faire, sous leur responsabilité, toutes les diligences nécessaires pour faire le recouvrement des legs et donations affectés au service de ces établissements (art. 1).

Le décret du 18 février 1809, sur les congrégations hospitalières, porte (art. 12) : « Les donations seront acceptées par la supérieure de la maison quand la donation se fera à une maison spéciale, et par la supérieure générale quand la donation sera faite à toute la congrégation. » Cette disposition a été rendue commune aux maisons de refuge par le décret du 26 décembre 1810 (art. 4).

Quant aux fabriques des églises paroissiales et succursales, l'acceptation se fait par le bureau des marguilliers ; l'acte doit être signé par le trésorier, au nom de la fabrique (décret du 30 décembre 1809, art. 59). Les fondations, donations ou legs faits aux églises cathédrales, ainsi que ceux faits aux séminaires, sont acceptés par l'évêque.

295. L'acceptation des donations se fait par acte authentique, dont il doit rester minute; il faut de plus qu'elle soit notifiée au donateur (art. 932). Ces formes sont prescrites sous peine de nullité. Une acceptation non autorisée serait nulle, puisqu'elle serait faite par un incapable ; elle serait encore nulle, quoique autorisée, si elle n'était pas reçue avec minute par un notaire ; enfin, l'acceptation est inopérante tant qu'elle n'a pas été notifiée au donateur. De là suit qu'il faut appliquer aux donations faites aux établissements d'utilité publique les principes généraux qui régissent l'acceptation. La donation n'existe que par l'acceptation ; jusque-là, il n'y a qu'une offre, que le donateur peut révoquer ; il n'y a d'exception à cette

règle que dans le cas où la loi permet une acceptation préalable à l'autorisation (n° 287). L'acceptation doit être faite du vivant du donateur; après sa mort, il ne peut plus y avoir de concours de consentement, donc plus de donation. Enfin, l'acceptation ne suffit pas pour que le donateur soit lié; il faut de plus qu'elle lui ait été notifiée. La notification peut-elle encore se faire après la mort du donateur? Cette question est controversée; nous l'examinerons plus loin. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont d'accord sur les autres points; il n'y a même aucun doute; les textes sont formels; la pratique administrative est dans le même sens (3).

Les lois mettent les legs sur la même ligne que les donations ; il est certain que les uns doivent être acceptés aussi bien que les autres, cependant l'article 910 n'exige que l'autorisation, et l'article 937 ne concerne que les donations. En quel sens doit-il donc y avoir acceptation des legs? Le légataire n'est pas tenu d'accepter le legs d'une manière expresse et par acte authentique, comme le donataire; il doit seulement accepter en ce sens que, ayant le droit de répudier, il faut qu'il manifeste la volonté de profiter du legs. Cela se fait par la demande en délivrance, lorsque cette demande est nécessaire, et en faisant acte d'héritier, lorsque le légataire a la saisine. Ces principes s'appliquent aussi aux établissements d'utilité publique. On peut même dire qu'ils manifestent suffisamment la volonté d'accepter, en demandant l'autorisation; une fois l'autorisation accordée, leur droit est définitivement acquis, le legs entre dans leur patrimoine. Mais à partir de quel moment? Sur ce point, il y a des difficultés sérieuses.

296. L'autorisation donnée par le gouvernement à un établissement public d'accepter un legs rétroagit-elle au jour de l'ouverture du legs? La difficulté ne se présente

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 443, et note 54 du § 649.
(2) Agen, 9 décembre 1862 (Dalloz, 1865, 1, 85); Pau, 27 mars 1865 (Dalloz, 1866, 2, 116). Il y a des lois spéciales en France.
(3) Circulaire du 10 avril 1849 (Circulaires, 1849, p. 303). Vuillefroy, *Du culte catholique*, p. 277, note *b*.

pas pour les donations, puisque celles-ci n'existent que lorsqu'elles ont été valablement acceptées; il ne peut donc être question de donner un effet rétroactif à l'autorisation. Mais les legs n'exigent pas d'acceptation expresse. S'ils sont faits à des particuliers, l'acceptation rétroagit, de même que pour les héritiers *ab intestat* (art. 777). Le legs produit ses effets, à partir de l'ouverture de l'hérédité, en ce qui concerne la transmission de la propriété. Quant à la jouissance, le légataire universel a droit aux fruits dès la mort du testateur, lorsqu'il est saisi; s'il n'a pas la saisine, il doit faire la demande en délivrance dans l'année pour avoir droit aux fruits; sinon il n'a la jouissance que du jour de la demande formée en justice, ou du jour que la délivrance lui a été volontairement consentie (art. 1004-1006). Le légataire particulier n'a, en principe, droit aux fruits qu'à compter du jour de sa demande en délivrance (art. 1014). Quant au légataire à titre universel, la question est controversée ; on l'assimile généralement au légataire universel. Ces règles s'appliquent-elles aux établissements publics qui ont été autorisés à accepter un legs?

La jurisprudence admet que l'autorisation rétroagit au jour de l'ouverture de l'hérédité; ce qui revient à dire que les établissements, une fois autorisés, sont placés sur la même ligne que les particuliers. Il y a un motif de douter. Les établissements publics, dans l'opinion que nous avons enseignée, sont incapables; ils ne deviennent capables que par l'autorisation. N'en faut-il pas conclure que leur capacité, limitée aux dons qu'ils sont autorisés à recueillir, n'existe qu'à partir de l'autorisation? D'où suivrait qu'étant incapables lorsque le testament s'ouvre, ils ne peuvent recueillir le legs à cette époque, qu'ils ne deviennent réellement légataires qu'en vertu de l'autorisation, donc à partir du jour où elle est donnée. Faire rétroagir l'autorisation, n'est-ce pas créer une fiction? et une fiction peut-elle exister sans texte? Malgré ces raisons de douter, nous nous rangeons à l'opinion consacrée par la jurisprudence. L'incapacité des établissements d'utilité publique n'est pas absolue. elle n'est que relative. Ils sont

capables s'il est reconnu par le gouvernement que le legs qui leur est fait se concilie avec l'intérêt de la société et avec l'intérêt des familles. Lors donc que le roi autorise, il ne décide pas que l'établissement autorisé devient capable, il décide qu'il l'a été au moment où le legs s'est ouvert, c'est-à-dire qu'il déclare qu'il n'y a aucun intérêt général qui s'oppose à ce que le legs produise son effet au profit de l'établissement gratifié. N'est-il pas évident que si l'autorisation pouvait intervenir au moment même de l'ouverture du legs, le legs produirait immédiatement tous ses effets? Or, les lenteurs inévitables de l'instruction administrative ne doivent pas nuire aux établissements publics, pas plus que les lenteurs de la justice ne nuisent aux justiciables; ils doivent obtenir ce qu'ils auraient obtenu si la demande avait été formée lors de l'ouverture du droit, et si à ce moment l'autorisation avait pu être accordée. Le texte de l'article 910 est en harmonie avec cette interprétation; il dit que les libéralités n'auront *leur effet* qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret impérial. Cela implique que leur effet est seulement suspendu, et qu'elles produiront tout leur effet dès que l'autorisation sera accordée. En ce sens, on peut dire avec la cour de cassation que l'autorisation est une condition de l'efficacité du legs, et que cette condition rétroagit lorsqu'elle est accomplie. Il n'y a pas là de fiction; il y aurait, au contraire, quelque chose d'irrationnel à décider qu'un établissement public ne devient capable que six mois après l'ouverture du legs, par la seule raison qu'il a fallu six mois pour demander et obtenir l'autorisation (1).

297. L'application du principe ne souffre aucune difficulté quant au droit de propriété; l'établissement légataire aura la propriété des biens qui lui ont été légués à partir de l'ouverture de l'hérédité. Si donc l'établissement était légataire à titre universel, et que les autres légataires eussent procédé au partage avant qu'il eût obtenu l'autorisation, il aurait le droit de demander un nouveau

(1) Arrêts de rejet du 4 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 107), du 7 juillet 1868, de la chambre civile (Dalloz, 1868, 1, 447) et du 8 février 1870 (Dalloz, 1871, 1, 12).

partage (1). Mais que faut-il décider quant aux fruits? Ici il y a des difficultés que le législateur n'a pas prévues, et qui résultent de la situation spéciale où se trouvent les établissements publics. Supposons qu'ils soient institués légataires universels; il n'y a pas d'héritiers réservataires: seront-ils saisis? auront-ils la jouissance des biens délaissés par le défunt? Il est certain qu'ils ne peuvent pas se mettre en possession avant d'avoir obtenu l'autorisation d'accepter; car, dans la doctrine de la cour de cassation, l'effet du legs est suspendu; c'est dire que, en attendant l'autorisation, le legs ne produit aucun effet; donc le légataire ne sera pas saisi. A qui appartiendra la saisine? Aux héritiers légitimes, lesquels sont saisis en vertu du droit commun, quand il n'y a point de légataire universel; or, dans l'espèce, il n'y a pas de légataire universel, puisque le testament qui institue l'établissement public reste provisoirement sans effet. Mais qu'arrivera-t-il si l'établissement reçoit ensuite l'autorisation d'accepter? Qui gagnera les fruits perçus depuis l'ouverture de l'hérédité? La cour de cassation a décidé qu'il y avait lieu d'appliquer les articles 549 et 550; elle répute possesseur de bonne foi l'héritier qui a possédé dans l'ignorance du testament, et possesseur de mauvaise foi celui qui possède sachant qu'un établissement public est institué légataire universel (2). Cela nous paraît très-douteux. Peut-on dire de l'héritier qui a connaissance du testament, qu'il possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il connaît les vices? A vrai dire, son titre n'est pas vicié, car il possède en vertu de la loi qui suspend le legs fait en faveur de l'établissement public; donc il n'est pas de mauvaise foi, en vertu de l'article 550 (3). Il y a un autre motif de douter; la loi établit des principes spéciaux, en ce qui concerne les fruits, quand il s'agit de la saisine. L'héritier saisi gagne les fruits des

(1) Rejet du 8 février 1870 (Dalloz, 1871, 1, 12).
(2) Rejet de la chambre civile du 7 juillet 1868 (Dalloz, 1868, 1, 447). Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 623, n° 601.
(3) Voyez, sur le sens des articles 549 et 550, qui sont souvent si mal interprétés, le tome VI de mes *Principes*, p. 313, nos 239-244.

biens légués à titre particulier jusqu'à la demande en délivrance, quoiqu'il sache que ces biens ne lui appartiennent pas; il gagne les fruits, même en cas de legs universel, lorsqu'il a la saisine et que le légataire n'agit pas dans l'année, tout en sachant qu'il y a un legs. D'après la doctrine de la cour de cassation, il serait de mauvaise foi, et néanmoins la loi lui donne droit aux fruits : preuve qu'elle suit un autre principe en cette matière. Nous l'avons formulé ailleurs (1); si celui qui est saisi gagne les fruits, c'est qu'il a la garde de l'hérédité, et qu'il est chargé de la conserver; il ne s'agit ici ni de bonne ni de mauvaise foi, il s'agit de récompenser les soins apportés à la conservation des biens. Partant de là, il faut décider que l'héritier qui est saisi et qui perçoit les fruits pendant que l'établissement légataire est en instance pour obtenir l'autorisation, gagnera les fruits. Vainement dirait-on que l'autorisation rétroagit, et que par suite l'établissement public est saisi à partir de l'ouverture de l'hérédité (2); la rétroactivité n'empêche pas que, de fait, l'héritier n'ait été en possession et qu'il n'ait conservé les biens; il a droit aux fruits par cela seul qu'il a été possesseur (3).

298. Si le legs fait à un établissement public est à titre universel ou à titre particulier, le légataire doit demander la délivrance; il en est de même si le légataire universel est en concours avec un réservataire. Le droit aux fruits dépend, dans ces cas, de l'action en délivrance. De là la question de savoir quand l'etablissement légataire peut demander la délivrance des biens qui lui sont légués. Il est certain qu'il ne le peut pas avant d'avoir été autorisé, puisque la demande en délivrance implique acceptation; or, les établissements légataires ne peuvent accepter qu'après avoir obtenu l'autorisation (4). L'autorisation rétroagira-t-elle? Cela devrait être, en ce sens que la délibération par laquelle les administrateurs décident

(1) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 280, n° 227.
(2) Bruxelles, 12 juillet 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 85). Comparez un jugement du tribunal de Charleroi, du 23 mars 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 46).
(3) Comparez Bordeaux, 9 mars 1859 (Dalloz, 1859, 2, 220).
(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 157 et note 12.

qu'il y a lieu d'accepter le legs et de demander l'autorisation notifiée à l'héritier saisi, devrait équivaloir à une demande en délivrance, lorsque l'autorisation est accordée; car les lenteurs de la procédure administrative ne devraient pas nuire aux établissements qui obtiennent l'autorisation et qui sont par conséquent reconnus capables. Mais la loi n'a pas prévu la difficulté; peut-on, dans le silence du code, donner cet effet rétroactif à l'autorisation? La négative nous paraît certaine. L'autorisation rétroagira bien, en ce sens que l'établissement légataire sera propriétaire des biens à partir du décès du testateur. Mais la propriété ne donne pas, en cette matière, le droit de jouissance; le légataire ne l'acquiert que par la demande en délivrance; or, il ne peut y avoir de demande en délivrance qu'après l'autorisation. Cela décide la question au point de vue des textes.

On objecte que l'arrêté du 4 pluviôse an XII autorise les bureaux de bienfaisance à faire les actes conservatoires avant l'acceptation (art. 4), et que la demande en délivrance doit être considérée comme un acte conservatoire. L'argument avait entraîné le tribunal de Bruxelles; mais sur l'appel, il a été jugé que la demande en délivrance tendait non-seulement à conserver le droit, mais aussi et surtout à l'exercer et à en réclamer le bénéfice immédiat. Or, le bureau de bienfaisance ne peut pas exercer son droit avant d'avoir obtenu l'autorisation. Les termes de l'arrêt sont remarquables; ils confirment l'opinion que nous avons énoncée sur la nature et sur les effets de l'autorisation (n° 187) : « C'est, dit la cour, l'autorisation d'accepter qui imprime au legs un caractère définitif, et *qui, par suite, confère à l'hospice la capacité nécessaire pour le recevoir* (1). » La conséquence est que le bureau de bienfaisance n'a droit aux fruits et intérêts qu'à partir du jour où la demande en délivrance a été régulièrement faite. Il va sans dire qu'il en est de même de tous les établissements publics (2).

(1) Bruxelles, 1er février 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 275).
(2) Rejet, 13 novembre 1849 (Dalloz, 1849, 1, 296).

299. Il se présente une autre difficulté. Le testateur institue le bureau de bienfaisance légataire universel. Sur la réclamation des héritiers, le gouvernement réduit le legs de moitié. On demande si le bureau restera légataire universel, ou s'il deviendra légataire à titre universel de la moitié des biens qu'il a le droit de recueillir. La jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'établissement public à qui le défunt a légué tous ses biens. Malgré la réduction prononcée par le gouvernement, dit-on, le legs reste ce qu'il était dans son principe; c'est le testateur qui détermine la nature du legs, et cette détermination est irrévocable. Peu importe que le gouvernement réduise le legs ; il ne lui appartient pas d'en changer la nature; ce serait faire un nouveau testament, et l'administration n'a pas ce droit. La cour de cassation en conclut que, malgré la réduction du legs, le légataire universel a la saisine quand il n'y a pas de réservataires, et par conséquent droit aux fruits à partir de l'ouverture de l'hérédité (1). Cette doctrine nous paraît très-douteuse. En matière de legs faits à des établissements d'utilité publique, ce n'est pas la volonté du testateur qui décide quel sera le droit du légataire, c'est l'autorisation du gouvernement. Si l'autorisation est refusée, le légataire n'aura aucun droit, alors même que le testateur lui aurait laissé tous ses biens. Si l'arrêté qui autorise le legs le réduit à une somme fixe pour tout droit, dira-t-on que le legs sera néanmoins universel? Il y aurait donc des héritiers rétablis dans tous leurs droits sur l'hérédité, et qui néanmoins n'auraient pas la saisine! Des successeurs universels *ab intestat* seraient forcés de demander la délivrance à un légataire qui ne prend dans la succession qu'une somme fixe! Cela est contraire à tout principe. Le legs universel

(1) Bordeaux, 20 février 1865 (Dalloz, 1865, 2, 150) et Rejet, du 4 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 107). Dans le même sens, Lyon, 22 mars 1866 (Dalloz, 1866, 2, 84) et Amiens, 8 mars 1860 (Dalloz, 1860, 2, 209), et la dissertation de l'arrêtiste. En sens contraire, Nîmes, 29 décembre 1862 (Dalloz, 1865, 2, 152). Un jugement du tribunal de Charleroi, du 23 mars 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 46) avoue que le legs change de nature; il maintient néanmoins la saisine au bureau de bienfaisance; dans l'espèce, l'arrêté royal avait accordé les fruits au bureau, ce qui était décisif.

est celui qui donne au légataire un droit au moins éventuel à toute l'hérédité. Est-ce qu'un établissement, appelé à tous les biens par le testateur, a un droit pareil? Non, son droit même est en suspens; à plus forte raison la nature du droit. Si le gouvernement décide que le légataire n'aura que la moitié des biens, il décide par cela même qu'il n'était capable que dans cette limite; que partant il était incapable de recueillir un legs universel; donc le testateur n'a pas eu le droit de lui léguer tous ses biens. La conséquence est que la nature du legs est déterminée par l'acte d'autorisation.

5. DES DONS MANUELS.

300. Les principes que nous venons d'exposer sur les libéralités faites aux établissements d'utilité publique reçoivent-ils leur application aux dons manuels? A notre avis, l'affirmative n'est point douteuse; toute donation, même de choses mobilières, qui seraient remises de la main à la main par le donateur au receveur d'un établissement public, doit être autorisée, et ne devient valable que par cette autorisation. L'article 910 est conçu dans les termes les plus généraux. « Les *dispositions entre-vifs* au profit d'établissements d'utilité publique n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret impérial. » Le code ne dit pas : les *actes* de donation; il dit les *dispositions;* il comprend donc toute libéralité. Il est vrai que les dons manuels ne sont pas soumis aux solennités prescrites par la loi pour la validité des donations, ils sont parfaits par la simple tradition, comme nous le dirons plus loin. Mais cela suppose que le donataire est capable de recevoir et le donateur capable de donner. Certes on ne pourrait pas donner des objets mobiliers à une corporation religieuse non reconnue par la loi; on ne peut pas davantage faire un don manuel à un établissement qui, quoique ayant une existence légale, est incapable de recevoir sans autorisation. Les motifs qui exigent l'intervention du gouvernement sont les mêmes, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles : il serait absurde

de dire qu'un établissement public ne peut recevoir une donation immobilière valant mille francs sans y être autorisé, tandis qu'il peut recevoir sans autorisation une somme de cent mille francs. Ce serait, dit la cour de Paris, ouvrir la porte à la fraude; les dons manuels deviendraient un moyen facile d'éluder la loi et de porter atteinte aux droits des familles et à l'ordre public; notamment en ce qui concerne les établissements publics, ce serait en vain que le législateur aurait pris de sages mesures pour modérer leurs acquisitions à titre gratuit, si, par le moyen de dons manuels exorbitants, il était permis d'échapper à la surveillance de l'autorité supérieure (1). La doctrine est unanime en ce sens (2).

301. Toutefois, dans l'application du principe, il y a bien des incertitudes et bien des contradictions. En France, l'administration maintient la règle telle que nous venons de la formuler, mais avec une restriction. « Quant aux dons manuels, dit Vuillefroy, ils *paraissent* ne devoir s'appliquer qu'à des objets d'une valeur minime; mais, en principe, ils ne peuvent, comme tous autres, être acceptés que lorsque l'autorisation en a été donnée par le roi en conseil d'Etat. » On lit dans un avis du comité de législation qu'on *tolère* que les communautés religieuses acceptent, sous le contrôle du gouvernement, des sommes *minimes*, ou provenant de quêtes; mais qu'il n'en peut être de même de dons d'une valeur élevée. Dans l'espèce, il s'agissait de sommes de 3,000 à 10,000 francs. « Des actes de cette nature, continue l'avis, pourraient donner lieu à des abus graves; ils ne permettraient pas au gouvernement de connaître la position des donateurs, ni aux héritiers d'attaquer, s'il y avait lieu, les libéralités devant les tribunaux. L'avis conclut qu'il n'y aurait pas lieu d'autoriser une communauté religieuse à faire une acquisition dont le prix devrait être payé avec le produit de dons manuels non autorisés (3).

(1) Paris, 22 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 27).
(2) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 444, note 55 du § 649, et par Demolombe, t. XVIII, p. 626, n° 603.
(3) Vuillefroy, *Du culte catholique*, p. 282, et note *b*.

Cela est très-vague. On *tolère* les dons *minimes*. Mais qu'est-ce qu'un don *minime?* quand le don devient-il considérable? Si le donateur est millionnaire, un don de 10,000 francs ne sera-t-il pas un don minime? Et pourquoi *tolère*-t-on ces dons? Ce n'est pas là un principe, et cependant il en faut un. Si ce n'est qu'une simple *tolérance,* le don reste irrégulier, et pourra être attaqué par les héritiers. On conçoit que l'administration tolère des irrégularités qu'elle ne peut guère empêcher; mais les tribunaux ne connaissent point la tolérance; ils sont liés par la loi et par les principes qui en découlent. Cependant un arrêt de la cour de Paris reproduit cette distinction si peu juridique : « L'autorisation du gouvernement, dit la cour, n'est pas nécessaire aux fabriques pour l'acceptation de dons de peu de valeur (1). » Cela suppose que les dons manuels ne sont point dispensés de l'autorisation; et s'ils y sont soumis, il faudrait un texte pour admettre une exception pour les dons modiques; où est ce texte? Et appartient-il aux tribunaux de créer des exceptions? Inutile d'insister · ce n'est pas là une doctrine juridique.

302. En Belgique, l'administration exige que toute donation, même d'effets mobiliers, soit constatée par un acte pour que l'autorisation de l'accepter puisse être demandée et accordée. La première condition requise, dit la circulaire de 1849, est un acte régulier. Il n'y a point d'exemple d'un don manuel autorisé. Mais cela ne tranche point la difficulté. Reste à savoir si les dons manuels qui seraient faits sans autorisation sont nuls. La circulaire de 1849 rapporte ce qui s'est passé lors de la discussion de la loi communale. Le n° 3 de l'article 76 du projet était ainsi conçu : *les donations et les legs*; la rédaction actuelle porte : *les actes de donations*. M. Dumortier explique ce changement de rédaction dans le rapport qu'il a fait au nom de la section centrale. « La 4e section, dit-il, aurait désiré, que l'on supprimât le mot *donations,* de crainte que l'on n'y confondît les *dons manuels*. Nous vous

(1) Paris, 14 mai 1864 (Dalloz, 1867, 1, 170).

proposons de dire : les *actes* de donation. Par là on ne soumettra au roi que les donations résultant d'un acte réel (1). » Faut-il sous-entendre : et l'on échappera à la nécessité de l'autorisation en ce qui concerne les dons manuels? De sorte qu'il dépendrait du donateur de soustraire sa libéralité au contrôle du gouvernement; il n'a qu'à la remettre de la main à la main à l'établissement qu'il veut gratifier. Est-ce là la pensée de la section centrale? est-ce là le sens de l'article 76? La loi communale aurait donc dérogé au code civil; et fait-on une dérogation d'une telle importance par voie de sous-entendu? Cela nous paraît inadmissible. La loi communale admet encore une autre interprétation, plus rigoureuse, c'est que toute libéralité faite à un établissement public doit être constatée par acte; que s'il n'y a point d'acte, il ne peut pas y avoir d'autorisation. Nous voudrions que ce principe fût nettement formulé par la loi. C'est le seul moyen d'éviter la fraude, et n'oublions pas qu'il y a des établissements religieux qui vivent de fraude. Ajoutons que l'article 76, quel que soit le sens qu'on lui donne, ne s'applique qu'à la commune et aux établissements communaux. Raison de plus pour décider qu'il ne déroge pas à l'article 910; sinon, il y aurait une règle différente pour les établissements communaux et pour les autres établissements d'utilité publique, sans qu'il y ait une raison qui justifie cette différence.

303. La jurisprudence des tribunaux est tout aussi vague et tout aussi incertaine que celle de l'administration. Un arrêt de la cour de cassation conteste le principe même que nous avons posé en nous appuyant sur le texte et sur l'esprit de la loi. La cour de Poitiers avait jugé que les dons manuels faits aux communautés religieuses étaient soumis à l'autorisation; son arrêt fut cassé pour vice de formes. Sur le renvoi, la cour de Bourges se prononça en sens contraire, et sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet. La cour de cassation commence par dire qu'il s'agit au procès d'un don manuel, et que

(1) Circulaire du 10 avril 1849 (Circulaires, 1849, p. 297).

cette espèce de libéralité est consommée par le dessaisissement du donateur et par l'appréhension que fait le donataire de la chose donnée. Sans doute, entre parties capables de donner et de recevoir; mais si le donataire est incapable? La cour ne paraît pas très-convaincue de la vérité du principe qu'elle vient d'établir; elle ajoute un autre motif, plus inadmissible encore que le premier. C'est un petit séminaire qui avait reçu le don manuel fait par un abbé; les directeurs et administrateurs furent autorisés, par l'évêque de Poitiers, à l'accepter. Un évêque a-t-il le droit d'autoriser l'acceptation d'une donation? et s'il ne l'a pas, pourquoi la cour de cassation mentionne-t-elle, sans le condamner, un fait qui est un vrai empiétement sur l'autorité civile? Puis intervint une ordonnance royale qui autorisa l'emploi de la somme donnée. Voilà une autorisation, dit la cour. Non, une autorisation d'emploi n'est pas une autorisation d'acceptation; elle suppose seulement que la somme à employer appartient à l'établissement public, mais une supposition n'est pas une autorisation; celle-ci n'est accordée qu'après instruction, avis des autorités compétentes, enquête sur la position des parents. Il y a plus : la prétendue autorisation n'intervint qu'après la mort du donateur. La cour trouve cela très-valable, attendu que les articles 932 et 937, qui exigent que l'acceptation se fasse du vivant du donateur, ne s'appliquent qu'aux donations constatées par actes, et non aux dons manuels (1). Ici se présente une véritable difficulté que le législateur n'a pas prévue et que la jurisprudence a tranchée en faisant la loi.

Il est certain qu'entre particuliers le don manuel se parfait par la remise de la chose : l'acceptation se fait, d'après le droit commun, par le concours de consentement de celui qui remet la chose et de celui qui la reçoit; il ne faut pas d'acceptation expresse, puisque ce mode d'accepter suppose un acte. Toujours est-il que l'on ne conçoit pas de donation sans concours de consentement. Reste à savoir comment ce concours se fait lorsqu'une

(1) Rejet, 26 novembre 1833 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 421).

chose mobilière est remise de la main à la main à un établissement public. Suffit-il du simple fait de la remise et de la réception? L'arrêt que nous venons de rapporter suppose qu'une autorisation est nécessaire; mais il décide qu'elle peut encore intervenir après la mort du donateur. La cour de Paris s'est prononcée dans le même sens. Nous allons l'entendre (1). Elle dit que l'article 937, qui exige une autorisation préalable pour l'acceptation des donations faites aux établissements publics, n'est applicable qu'aux donations solennelles. Pourquoi? Parce que la nature du don manuel résiste à l'obligation de faire précéder l'acceptation par l'autorisation. En effet, la donation est consommée par le fait de la tradition. Qui ne voit que ce raisonnement est une pétition de principe? On demande s'il faut une autorisation préalable pour valider l'acceptation; la cour répond que non, parce que le donateur, en remettant le don au donataire, veut que la libéralité produise son effet par la seule force du droit naturel. N'est-ce pas décider la question par la question? La difficulté est précisément de savoir si les principes qui régissent les dons manuels entre particuliers s'appliquent aux personnes civiles. Ces dernières ne doivent-elles pas être autorisées? La cour de Paris admet la nécessité de l'autorisation, mais, dit-elle, il suffit que le don manuel soit autorisé, *en quelque temps que ce soit*, par le gouvernement. Nous demanderons à la cour où il est dit que l'autorisation peut être donnée *en quelque temps que ce soit*. Qu'est-ce que l'autorisation? C'est une autorisation d'*accepter*, parce que les personnes civiles ne peuvent rien recevoir sans y être autorisées. Donc à leur égard la simple remise de la main à la main ne suffit pas pour valider le don; s'il suffit entre particuliers, c'est qu'il implique acceptation. A l'égard des personnes morales, il ne peut pas avoir cet effet, puisqu'elles ne sont pas capables d'accepter sans être autorisées. Donc l'autorisation est un élément essentiel de l'acceptation; sans autorisation, il n'y a pas d'acceptation, donc pas de donation.

(1) Paris, 7 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 92).

Si l'autorisation doit précéder l'acceptation, il est évident qu'elle ne peut plus avoir lieu utilement après la mort du donateur. En effet, le contrat ne peut se former que lorsque l'autorisation d'accepter a été donnée à l'établissement public. Vainement invoquerait-il la tradition, la tradition n'a pas pu lui donner la capacité de recevoir qui lui manque. Il ne devient capable de recevoir que lorsqu'il est autorisé à recevoir. Or, peut-il être autorisé à recevoir lorsque le donateur est mort? A vrai dire, le donateur, qui remet une chose mobilière de la main à la main à un établissement public, ne fait qu'une offre, il consent; mais le donataire n'ayant pas capacité de recevoir, la donation ne peut se parfaire; un contrat, par lequel le débiteur seul consent, n'est pas un contrat, c'est une pollicitation; pour que la pollicitation devienne un contrat, il faut que le consentement du créancier intervienne du vivant du débiteur; cela est élémentaire. Donc un don manuel ne peut plus être autorisé après la mort du donateur. Il y a un jugement du tribunal de la Seine en ce sens; il a été réformé en appel, et la décision de la cour de Paris a été confirmée par un arrêt de rejet (1). Nous croyons que le tribunal de première instance a bien jugé; il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'arrêt de la cour d'appel : elle fait littéralement la loi. La cour commence par poser en principe que l'autorisation est nécessaire quand le don est important; il s'agissait, dans l'espèce, d'une somme de 125,000 francs donnée par la princesse de Béthune à la fabrique de Saint-Thomas d'Aquin. Puis l'arrêt ajoute qu'en matière de don manuel il est impossible que l'autorisation précède l'acceptation. C'est dire qu'il ne peut y avoir d'autorisation; car si le gouvernement intervient, c'est précisément pour autoriser l'acceptation, c'est-à-dire pour rendre capable un établissement qui ne le devient que par l'autorisation. Rien n'empêche, dit la cour, le gouvernement d'autoriser après la mort de la donatrice; il peut, après sa mort comme de

(1) Paris, 14 mai 1864, et Rejet, 18 mars 1867, de la chambre civile (Dalloz, 1867, 1, 170).

son vivant, constater que l'intérêt de la société et celui de la famille ne s'opposent pas à la libéralité. En fait, oui; mais en droit? La donation n'est-elle pas un contrat? n'exige-t-elle pas le consentement du donataire? et le donataire incapable peut-il consentir? Or, la fabrique était incapable de recevoir quand elle a reçu le don manuel; donc le contrat n'a pas pu se former. Quand donc se formera-t-il dans la doctrine consacrée par la jurisprudence? Il n'a pas pu se former lors de la tradition, à cause de l'incapacité du donataire. Il ne peut se former après la mort de la donatrice, parce que le concours de volontés devient impossible. Qu'est-ce que la cour de Paris oppose à ces principes élémentaires? « Que l'acceptation du don manuel s'opère nécessairement au moment même de la remise de la chose donnée; que les formalités exigées pour *régulariser* l'acceptation ne peuvent être remplies que plus tard; qu'à la différence du don fait par acte public, le don manuel lie irrévocablement le donateur, et le dessaisit par l'acceptation, au moment même de la tradition, quelle que soit la date de l'autorisation accordée ultérieurement. » Nous disons que la cour de Paris fait la loi; c'est un nouveau code civil, ce sont de nouveaux principes, mais ce sont des principes contradictoires. La cour dit que la tradition lie irrévocablement le donateur; or, le donateur n'est lié que par une acceptation valable; et la cour avoue que l'acceptation est irrégulière, puisque l'autorisation est nécessaire pour la *régulariser*. Ainsi un incapable peut accepter un don manuel de 125,000 francs! Cette acceptation est irrégulière, et néanmoins elle lie le donateur! Nous préférons le code Napoléon au nouveau code que la jurisprudence est en train de faire (1).

Sans doute il y a une lacune regrettable dans notre législation; nous l'avons déjà signalée. La loi devrait permettre une acceptation provisoire qui lie le donateur, et, en matière de dons manuels, on pourrait assimiler la tradition à une acceptation provisoire. Nous préférerions un système plus régulier, quoique plus sévère : la néces-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 442, note 56 du § 649.

sité d'un acte authentique pour toute libéralité faite à une personne civile. C'est le seul contrôle efficace. Les dons manuels favorisent la fraude, et nous ne saurions le répéter trop, la fraude est permanente quand il s'agit de fabriques et de congrégations.

304. Les conséquences qui résultent de ces principes sont très-importantes. Si le don manuel ne lie pas le donateur tant qu'il n'a pas été accepté avec autorisation, la tradition qu'il a faite ne l'empêchera pas de répéter ce qu'il a donné, car cette remise n'est en réalité qu'une simple offre; à plus forte raison, ses héritiers peuvent-ils agir en répétition. Dans l'opinion que la jurisprudence a consacrée, on décide, au contraire, que le donateur et ses héritiers ne peuvent pas répéter. Nous avons dit quel est le singulier motif invoqué par la cour de Paris. « Le donateur, dit-elle, qui a saisi le donataire de la main à la main, et en s'*affranchissant des formes du droit civil*, n'est pas recevable à se plaindre du défaut d'autorisation au moment de la remise, puisqu'il a *consenti à suivre la foi du donataire*, et qu'il a voulu que sa libéralité *produise son effet par la seule force du droit naturel* (1). » Ainsi il dépend du donateur de s'affranchir des formes du droit civil! il dépend de lui de laisser là le droit civil pour le droit naturel! il suffit qu'il suive la foi du donataire, pour que la donation le lie! Nous croyons inutile de répondre à ces singuliers arguments, parce que ce ne sont que des phrases, bonnes dans un discours académique, mais très-déplacées dans un arrêt.

305. Une autre conséquence des mêmes principes est que l'autorisation accordée après la mort du donateur n'empêche pas les héritiers d'agir en répétition. Dans notre opinion, cela est évident. La cour de Paris et la cour de cassation ont décidé le contraire, en partant du principe que l'autorisation peut être donnée valablement à toute époque (2). Ne serait-ce pas un principe imaginé pour le besoin de la cause? L'espèce était très-défavorable

(1) Paris, 7 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 92), sous la présidence de Troplong.
(2) Paris, 14 mai 1864, et Rejet, 18 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 170).

à l'héritier qui attaquait le don manuel. Vers le mois de juin 1859, la princesse de Béthune avait remis une somme de 125,000 francs à la fabrique de Saint-Thomas d'Aquin, afin qu'elle pût contribuer, avec la ville de Paris, à l'acquisition d'un presbytère. Son héritier actionna la fabrique en restitution. On lit dans l'arrêt de la cour de Paris que la princesse, par un sentiment d'humilité religieuse, avait voulu demeurer inconnue, circonstance qui faisait obstacle à une demande d'autorisation. S'il en est ainsi, son héritier avait mauvaise grâce de répéter ce que la défunte avait donné. Mais ce motif de fait n'est pas un motif de droit. Les raisons que la cour fait valoir sont d'une faiblesse extrême. Qu'est-ce qui empêchait la fabrique de demander l'autorisation après le décès de la donatrice, arrivé en 1861? L'arrêt répond, « qu'elle s'est crue de bonne foi dispensée de solliciter une autorisation pour l'acceptation d'un don manuel consommé depuis si longtemps, et que son caractère anonyme assimilait, pour elle, aux offrandes déposées dans le tronc de l'église. » Qu'importe la bonne foi de la fabrique? est-ce que la bonne foi peut valider la donation faite à un incapable? Ce n'est pas sérieusement que l'on assimile une donation de 125,000 francs à des aumônes déposées dans le tronc d'une église. S'il y avait fraude, dit l'arrêt, il faudrait admettre l'action en répétition; la cour avoue que ce serait encourager la fraude que de permettre aux établissements publics de ne demander l'autorisation que sous le coup d'une action en nullité. A vrai dire, la bonne foi ou la mauvaise foi sont indifférentes. Mais le danger de la fraude augmente avec la facilité de frauder, et n'est-ce pas la faciliter que d'admettre que l'on peut toujours demander l'autorisation, alors même que le donateur est mort, et qu'on ne peut plus savoir par lui la vraie vérité qu'il est toujours si difficile de découvrir dès que l'intérêt de l'Eglise est en jeu? Enfin la cour de Paris dit que l'autorisation remonte au jour de la libéralité. Nous avons admis le principe, mais cela suppose que l'acceptation peut encore se faire; et comment le donataire accepterait-il quand le donateur est mort?

306. Y a-t-il des exceptions au principe qui exige une autorisation pour les dons manuels? Les lois admettent des exceptions, en permettant au bureau de bienfaisance ainsi qu'aux fabriques de recevoir des aumônes et de faire des quêtes dans les temples; telles sont encore les oblations déposées dans les troncs des églises; nous avons cité les textes plus haut (nos 209 et 247). Nous ne connaissons pas d'autre exception, car nous n'admettons pas d'exception sans texte. Il a cependant été jugé « que les établissements ecclésiastiques ont toujours eu la faculté de recevoir, sans autorisation du gouvernement, des dons manuels de sommes modiques, affranchis de toutes formalités, et qui sont consommés par la tradition que fait le donateur et la prise de possession de l'établissement donataire (1). » L'exception, si on l'admettait, détruirait la règle, parce qu'on ne saurait plus quand il faut une autorisation et quand il n'en faut pas : où est la limite entre le don modique et le don qui ne l'est point? Dire que cela a toujours été admis, c'est ne rien dire. Il y a une loi qui exige l'autorisation : où est l'exception en faveur des établissements ecclésiastiques? La fabrique peut recevoir les aumônes, c'est-à-dire les oblations faites au tronc ou à l'église, entre les mains des quêteurs. Tout autre don, n'étant pas compris dans l'exception, rentre par cela même dans la règle.

N° 4. DES PERSONNES INCERTAINES.

I. *Principe.*

307. Le code ne parle pas des personnes incertaines : sont-elles capables de recevoir? Quand il s'agit d'une donation, la négative est si évidente, qu'on ne pose pas même la question. Ce qui est si évident des donations, ne faut-il pas l'admettre pour les legs? Le legs est aussi une libéralité, une espèce de donation; si l'on ne conçoit

(1) Paris, 12 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 421), et 16 décembre 1864 (Dalloz, 1866, 2, 191).

pas qu'il y ait une donation entre-vifs sans un donataire certain que le donateur veut gratifier, conçoit-on davantage que le testateur fasse une libéralité sans savoir à qui elle s'adresse? C'est un seul et même sentiment qui inspire le donateur et le testateur, l'affection, la gratitude, la bienfaisance. L'amour, la reconnaissance ne se comprennent pas pour une personne incertaine. La charité est un sentiment plus général, il s'étend à une classe entière de la population, la plus nombreuse et la plus pauvre. Mais il ne faut pas confondre la bienfaisance qui s'adresse à toute une classe de personnes et celle qui se rapporte à une personne déterminée, donataire ou légataire. Celui qui donne aux pauvres fait une fondation qui s'adresse à un établissement d'utilité publique, bureau de bienfaisance, hospices ou fabrique d'église; la libéralité est faite à cet établissement, donc à une des personnes, dites civiles, que les lois chargent d'un service public; tout est certain et déterminé dans une pareille disposition. Que si l'acte de bienfaisance concerne une personne privée, il rentre dans la règle générale; il faut dire que cet acte de charité suppose une personne déterminée, donc certaine, à qui le disposant veut conférer un bienfait. Si le bienfait suppose un bienfaiteur, il suppose aussi une personne gratifiée; or, qui dit personne, dit un être certain.

308. Ces principes étaient ceux de l'ancien droit romain. On ne peut, dit Gaïus, faire un legs à une personne incertaine. Il donne comme exemples des legs ainsi conçus : « Je lègue mille à celui qui viendra le premier à mes funérailles. » « Je donne cent à tous ceux qui viendront à mes funérailles. » « Je lègue dix mille à celui qui donnera sa fille en mariage à mon fils. » Dans tous ces cas, le testateur n'a aucune idée précise de la personne qu'il entend gratifier, il lui serait impossible de la nommer; elle est donc tout ensemble inconnue et incertaine. Le jurisconsulte admet une exception à cette rigueur; il n'exige pas que le testateur connaisse le légataire, il n'exige pas même que le légataire soit tout à fait certain, pourvu qu'il appartienne à une classe de personnes que le testateur connaît et qu'il le précise autant qu'on peut le

faire sans le nommer. Le legs suivant était considéré comme fait à une personne certaine. « Je donne dix mille à celui de mes cognats, actuellement vivants, qui le premier viendra à mes funérailles (1). » Cela est très-logique, car le testateur aurait pu nommer tous ses cognats, et dire que celui d'entre eux qui le premier viendra à ses funérailles aura le legs. Donc le légataire est connu, désigné et certain, en ce sens que le testateur ne donne pas à un premier venu. Justinien rappelle cette doctrine dans ses Institutes, et il semble dire que dans la pratique on s'était écarté de ce qu'elle avait de trop rigoureux; il ajoute qu'il avait fait une constitution à cet égard; cette constitution ne se trouve pas dans les compilations de l'empereur.

309. Le droit français n'a point la rigueur romaine; nos anciens jurisconsultes, tout en respectant le corps de droit comme la raison écrite, traitaient volontiers de subtilité ce qui en réalité est une conséquence logique des principes. Pothier commence par argumenter comme nous l'avons fait. « Les legs devant partir d'une juste affection que le testateur porte au légataire, il s'ensuit que les legs faits à des personnes incertaines, qui n'ont pu mériter l'affection du testateur, et qui partent d'un pur caprice, sont nuls (2). » Mais, dans l'application, Pothier ne reste pas fidèle à son principe. Ce qui paraît surtout le choquer dans le legs fait une personne incertaine, c'est le *caprice* du testateur; si la disposition a un motif sérieux, bien qu'elle s'adresse à un légataire inconnu et que le testateur n'aurait pas pu désigner, le legs est valable. Ainsi il valide le legs fait par un testateur à celui qui épousera sa fille; car la libéralité part d'un motif louable, qui est de faire trouver un parti meilleur à sa fille : si, dit Pothier, ce légataire n'a pu mériter par lui-même l'affection du testateur, qui ne le connaissait pas, il a pu la mériter par la personne qu'il épousera (3). Furgole va plus loin; il ne

(1) Gaius, *Comment.*, II, 238; Ulpian, *Fragm.*, XVIII, 24; Paul, *Sent.*, III, 6, 13.

(2) § 25, *Inst.*, II, 20 (*De legat.*); Troplong, t. II, n° 544 (p. 189 de l'édition belge, t. I).

(3) Pothier, *Des donations testamentaires*, chap. II, sect. II, art. V, n° 91.

veut pas que l'on s'enquière si le testateur a eu ou non de justes motifs pour disposer comme il l'a fait; il faut toujours, d'après lui, le supposer et le présumer, toutes les fois qu'il n'est pas prouvé que sa volonté a été séduite, surprise ou trompée. Il admet en conséquence que le testateur a le droit de faire des libéralités à des personnes qui lui sont tout à fait inconnues, alors même qu'il aurait des enfants ou des ascendants (1).

310. Les auteurs modernes adoptent cette doctrine; Troplong rejette la rigueur romaine comme une subtilité. M. Demolombe, tout en reconnaissant que les legs doivent émaner de l'affection du testateur, dit qu'il ne faut pas ajouter trop d'importance à cette idée; il répète avec Ricard qu'il suffit que la volonté du défunt ait été de gratifier le légataire. C'est, en définitive, sur la volonté, c'est-à-dire sur la toute-puissance du testateur, que les auteurs se fondent pour s'écarter des principes du droit romain (2). Mais la toute-puissance du testateur, que Furgole invoque (3), est-elle encore admise par notre législation moderne, comme elle l'était à Rome? Déjà dans l'ancien droit, Domat enseignait que les coutumes l'emportaient sur le droit romain; or, les coutumes disaient que Dieu seul fait les héritiers; le système des successions *ab intestat* est donc fondé sur la loi de la nature, il forme la règle; si le législateur permet au testateur d'y déroger, il faut qu'il y ait pour cela de justes motifs. Le bon sens de Pothier se révoltait à l'idée qu'un testateur disposât par pur caprice. N'est-ce pas une chose également révoltante que le testateur déroge à la loi qui est censée conforme à la loi de Dieu, en disposant au profit d'une personne qu'il ne connaît point, au profit d'un premier venu?

On objecte que la loi permet de donner et de léguer à un enfant conçu, ce qui implique que des personnes in-

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. VI, sect. I, n° 2 (t. I, p. 317 et suiv.).
(2) Troplong, n° 546 (t. I, p. 190); Demolombe, t. XVIII, p. 630, n° 607.
(3) Furgole, *Des testaments*, chap. VI, sect. II, n°s 33 et 34 (t. I, p. 366 et suivantes).

connues peuvent être gratifiées. Nous répondons que celui qui donne à un enfant conçu le fait par affection pour les parents; il aime l'enfant parce qu'il devra le jour à des personnes qu'il aime. On peut faire contre l'opinion contraire des objections bien plus sérieuses. Une des conditions essentielles requises pour la validité du testament, c'est la capacité du légataire : comment s'assurera-t-on de sa capacité s'il est incertain? Le danger est plus grand de nos jours que jamais. Valider les dispositions faites au profit de personnes incertaines, c'est encourager, faciliter la fraude qui se pratique journellement en faveur des congrégations religieuses. Tout legs fait à une personne incertaine est suspect de fraude. On dira que la bonne foi se présume, ainsi que la capacité. Oui, mais il y a des fraudes, et on les emploie pour gratifier des incapables; il faut donc que les héritiers dépouillés par des legs frauduleux aient le pouvoir d'agir et les moyens; et comment veut-on qu'ils agissent s'ils ne connaissent point le vrai légataire (1)?

311. Troplong, se fondant sur des lois romaines, dit qu'il n'est pas nécessaire que le testateur connaisse la personne qu'il institue. Puis il cite un exemple : Pierre lègue un prix de 2,000 francs à celui qui trois ans après sa mort fera le meilleur mémoire sur les causes de la chute de la république romaine, au jugement de l'Académie des sciences morales et politiques. Ce legs, dit-il, est excellent. Bien que la personne qui gagnera le prix soit inconnue du testateur, et qu'il ne puisse la connaître, il n'y a pas d'incertitude véritable (2). Oui, le prix est valable. Mais Troplong ne confond-il pas les legs ordinaires faits pour gratifier une personne déterminée, par affection, reconnaissance ou bienfaisance, avec les fondations ou legs faits dans un intérêt public? Dans l'espèce, le testateur ne songe pas à gratifier le légataire, il veut favoriser les lettres. Qui acceptera son legs? Le gouvernement, comme représentant des intérêts généraux de la

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 34, note 8.
(2) Troplong, t. II, n° 546 (p. 190 de l'édition belge, t. I).

société. Le cas se présente tous les jours, et n'a jamais fait de doute, quand le testateur fonde un prix. Un médecin lègue ses biens à la ville de Gand, à la charge par elle de distribuer tous les cinq ans un prix de 10,000 fr. à celui qui aura fait l'ouvrage ou l'invention la plus utile aux classes laborieuses. Le gouvernement autorisa la ville de Gand à accepter le legs; mais comme la charge est d'intérêt général, l'arrêté royal décida que le gouvernement distribuerait le prix (1). Personne n'a songé à contester la validité de ce legs comme s'adressant à une personne incertaine. Il en est de même de toute espèce de fondations.

312. Les fondations les plus fréquentes sont celles qui se font au profit des pauvres, par l'intermédiaire du bureau de bienfaisance ou de la commission des hospices. Nous avons dit, en parlant des libéralités faites aux établissements publics, qu'il n'est pas nécessaire que le legs soit fait au bureau de bienfaisance ou aux hospices, ce qui n'empêche pas qu'il ne doive être accepté par un de ces établissements, selon l'objet de la libéralité. Le code même autorise les dispositions au profit des pauvres d'une commune (art. 910). On voit que la loi veut que la libéralité soit déterminée et certaine, autant que la chose est possible en cette matière, afin que l'on sache quel est l'établissement qui doit l'accepter et l'exécuter. Est-ce à dire que la libéralité faite aux pauvres, sans détermination aucune, soit nulle? On l'a toujours considérée comme valable, en la précisant d'après l'intention probable du disposant. Celui qui lègue aux pauvres est un homme bienfaisant; il n'aura pas attendu sa mort pour exercer la charité; et à qui aurait-il distribué ses aumônes? Naturellement aux pauvres qu'il voyait autour de lui, à ceux qui habitaient la commune où il résidait habituellement. C'est donc le bureau de bienfaisance de cette commune qui acceptera le legs et qui gérera la fondation (2).

Mais que faut-il décider si, depuis le testament, le tes-

(1) Arrêté royal du 22 mai 1868 (Circulaires du ministère de la justice, 1867 à 1869, p. 302).

(2) Arrêté royal du 25 février 1869 (Circulaires, 1869, p. 489).

tateur a changé de domicile? Pothier dit que « le legs fait aux pauvres indéterminément était censé fait aux pauvres de la paroisse où le testateur avait son domicile lors de la confection du testament. » Demolombe croit qu'il faudrait plutôt se prononcer en faveur des pauvres de la commune où le testateur était domicilié lors de son décès (1). Il nous semble qu'en cette matière il faut s'attacher, non au domicile de droit, mais à la résidence de fait : ce sont les pauvres qu'il connaît ou auxquels il s'intéresse, parce que d'ordinaire ils sont ses compatriotes, que le testateur veut gratifier, et non les pauvres d'une commune où il a son domicile légal, commune où peut-être il n'a jamais mis le pied. Quant au choix de la résidence, si le testateur en a eu plusieurs, il nous semble que c'est une question de fait, puisque la décision dépend de l'intention du testateur : le gouvernement décidera d'après les circonstances de la cause. Il a été jugé en ce sens que le legs fait aux pauvres, sans autre désignation, doit être accepté par le bureau de bienfaisance de la commune où le testateur résidait (2).

313. Il y a quelque difficulté quand le testateur, au lieu de léguer aux pauvres d'une commune ou au bureau de bienfaisance qui les représente, donne aux pauvres honteux et nécessiteux, c'est-à-dire à des pauvres qui ne sont pas connus; n'est-ce pas donner à des personnes incertaines? C'est, en tout cas, a-t-on dit, laisser à ceux qui sont appelés à distribuer ces aumônes un pouvoir discrétionnaire, de sorte que l'on peut dire que ce sont eux qui choisissent les légataires; or, nos lois ne reconnaissent pas la faculté d'élire déléguée par le testateur. L'objection n'est pas sérieuse. Quand le testateur lègue aux pauvres honteux, c'est qu'il ne veut pas encourager la mendicité en donnant aux mendiants. Son legs s'adresse donc aux vrais pauvres, et le bureau de bienfaisance les connaît très-bien, puisque c'est à eux de préférence qu'il

(1) Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 33. Demolombe, t. XVIII, p. 636, n° 612.
(2) Metz, 10 mai 1844 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 335).

distribue les dons de la charité publique (1). Il a été jugé que ce legs, n'étant pas fait à un établissement d'utilité publique, ne doit pas être autorisé par arrêté royal, ce qui aboutit à la conséquence que les aumônes seront distribuées par les personnes, d'ordinaire les curés, que le testateur a chargées de ce soin (2). Nous croyons que cette décision est contraire au texte et à l'esprit de la loi. L'article 910 veut que les libéralités faites au profit des pauvres d'une commune soient autorisées par arrêté royal. Il n'est donc pas nécessaire que la disposition désigne le bureau de bienfaisance; il est désigné de droit, puisque les lois l'investissent de la mission de distribuer les charités faites aux pauvres. Sans doute, à côté de la charité publique, il y a la charité privée; mais quand un legs est fait au profit des pauvres, la charité n'est plus privée, elle ne se fait plus par celui qui lègue, elle se fait par des tiers, que l'on désigne ordinairement par leur office, tels que les curés de la paroisse. La charité privée est individuelle; la charité publique est générale. Dès qu'un legs a en vue tous les pauvres, les représentants légaux des pauvres ont seuls capacité de l'accepter et de l'exécuter. Notre jurisprudence administrative est en ce sens (3).

314. Telle est aussi la pratique administrative en France. Elle se fonde sur un avis du comité de l'intérieur du conseil d'Etat, qui est parfaitement motivé. L'article 910 exige une autorisation donnée par décret impérial pour toute disposition au profit des pauvres d'une commune; la loi ne distingue pas si le testateur a institué ou non un établissement public, elle ne nomme pas même le bureau de bienfaisance; par cela seul que le legs est fait aux pauvres d'une commune, et par suite aux pauvres en général, ou aux pauvres honteux, le legs doit être autorisé; et l'article 937 veut qu'il soit accepté, quand il s'agit

(1) Metz, 12 août 1819, et Rejet, 21 février 1821 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 335, 1°).
(2) Gand, 12 avril 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 335, 1°).
(3) Arrêté royal du 22 mars 1868 (Circulaires du ministère de la justice, 1868, p. 269). Comparez arrêté du 20 septembre 1869 (Circulaires, 1869, p. 548).

d'une donation, par l'établissement qui a mission de gérer la bienfaisance publique, c'est-à-dire par le bureau de bienfaisance, lorsque des aumônes doivent être distribuées. Il y a de cela d'excellentes raisons. Le gouvernement doit intervenir dès qu'il y a un intérêt général en cause; or, la bienfaisance, lorsqu'elle s'adresse à toute une classe de personnes, est un intérêt général. L'intérêt des familles exige encore l'intervention de l'autorité publique; elle a un pouvoir de conciliation en cette matière; si le testateur donne ses biens aux pauvres, alors qu'il a des parents pauvres, il manque à ses devoirs; le gouvernement refusera l'autorisation, ou il ne l'accordera qu'avec des modifications. Enfin, quand une disposition se fait dans un intérêt social, il faut qu'il y ait des garanties qui en assurent l'exécution; et il n'y a de garantie que dans la surveillance de l'autorité (1).

Le conseil d'État admet une restriction à ces principes, à laquelle nous ne saurions souscrire. Il arrive assez souvent que le testateur, en désignant les distributeurs de ses charités, les dispense de rendre compte. D'après l'avis du conseil, le bureau de bienfaisance se bornerait, en ce cas, à accepter le legs et à en surveiller l'exécution, sans pouvoir en demander compte. Sans doute, on doit respecter la volonté du testateur; mais ici ce qu'il veut est en opposition avec des lois d'ordre public. Dès que le bureau de bienfaisance intervient pour accepter une libéralité, c'est lui qui doit l'administrer; il peut s'aider du concours des personnes désignées par le testateur, mais en conservant son entière liberté d'action; que s'il consent à charger les mandataires du défunt de la distribution des aumônes, il a le droit et le devoir d'exiger d'eux un compte. La pratique contraire conduirait aux plus graves abus : où serait la garantie que les dons sont réellement distribués aux pauvres? Nous ne parlons pas d'un abus de confiance, qui à la rigueur serait possible; la conscience des gens d'Église est tellement viciée, qu'ils

(1) Circulaire du ministère de l'intérieur du 19 février 1817 (Dalloz, 1845, 2, 39, note).

pourraient de très-bonne foi appliquer les libéralités à quelque couvent, dans la conviction que c'est le meilleur emploi des charités du testateur. Tels sont les faits ; on doit en tenir compte.

La jurisprudence des tribunaux est conforme à l'avis du conseil d'Etat que nous venons d'analyser. Une testatrice donne ses biens à deux curés, à l'aumônier de l'hospice et au confesseur, pour être distribués par eux aux pauvres. Il a été jugé que les vrais gratifiés étaient les pauvres de la commune, et non les ecclésiastiques désignés seulement par leur office; dès lors, dit l'arrêt, il y a lieu d'appliquer les articles 910 et 937 ; le legs doit être recueilli par les représentants légaux des pauvres, après autorisation du gouvernement; mais pour respecter les volontés du testateur, la cour veut que les deniers soient remis annuellement aux quatre ecclésiastiques, pour être distribués par leurs soins aux légataires. Sur ce dernier point, nous venons de faire nos réserves. La pratique administrative en Belgique est conforme à notre opinion (1).

315. Il faut appliquer ici les principes que nous avons exposés plus haut concernant les dons faits aux établissements publics. Le legs, quoique fait en faveur de certaines catégories de pauvres, est réellement fait au profit de l'établissement qui a mission de gérer les intérêts de ces pauvres. Cela suppose que le testateur a voulu donner aux pauvres représentés par l'établissement légal. S'il a entendu donner à une congrégation non autorisée qui s'occupe du soin des pauvres, le legs sera nul. Cela a été jugé ainsi dans l'espèce suivante. Le testateur avait légué 20,000 francs, puis 10,000 par un codicille à un abbé « pour sa petite communauté de la Purification, et ses orphelins et orphelines. » Cette communauté, n'étant pas autorisée, était incapable de recevoir. Pour sauver le legs, l'abbé prétendit qu'il s'adressait à lui; mais les termes du testament et l'intention du testateur donnaient un

(1) Douai, 11 février 1845 (Dalloz, 1845, 2, 59). Bordeaux, 6 juin 1845 (Dalloz, 1845, 4, 150). Comparez, plus haut, n° 217.

démenti à cette prétention. Le legs était donc nul à tous égards, à moins qu'on ne le considérât comme fait au profit des hospices. Dans l'espèce, cela était impossible, puisque le testateur avait précisé sa pensée : ce n'était pas les orphelins en général qu'il voulait gratifier, c'était les orphelins de l'abbé, c'est-à-dire que sa libéralité s'adressait à un établissement incapable de recevoir. Il fallait donc prononcer la nullité absolue du legs (1).

La cour de cassation a rendu un arrêt en sens contraire dans l'espèce suivante. Le testateur avait légué tous ses biens aux pauvres, à savoir, une portion aux petites sœurs des pauvres, l'autre portion aux pauvres de la localité. Cette dernière partie du legs ne souffrait aucune difficulté : elle s'adressait au bureau de bienfaisance. Mais la première n'avait-elle pas pour objet de gratifier une congrégation non autorisée? La cour d'appel décida, en se fondant sur les circonstances de la cause, que le testateur avait voulu gratifier les pauvres recueillis et soignés par les petites sœurs. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La libéralité, dit la cour de cassation, s'adressait à une certaine catégorie de pauvres, légalement représentée au procès par le maire de la ville (2). Il nous semble que cette décision viole tous les principes de la matière. Ce n'est pas le maire qui représente légalement les pauvres, c'est le bureau de bienfaisance, et si le bureau de bienfaisance devait intervenir, le legs devait aussi être recueilli et géré par lui. Ce n'est certes pas cela que voulait le testateur, et ce n'est pas là ce que la cour d'appel a décidé; elle maintint le legs, comme étant fait au profit des pauvres; est-ce qu'un établissement non autorisé a qualité pour distribuer des aumônes aux pauvres? La décision maintenue par la cour de cassation implique contradiction. Si le legs était réellement fait aux pauvres, le bureau de bienfaisance devait l'accepter et l'exécuter. Si les religieuses étaient appelées

(1) Orléans, 3 avril 1846 (Dalloz, 1846, 2, 90).
(2) Caen, 29 février 1864, et Rejet de la chambre civile, 6 novembre 1866 (Dalloz. 1866, 1, 436).

à recueillir le legs, au nom des pauvres, il en résultait qu'une congrégation non autorisée intervenait dans l'administration de la charité publique. L'intention du testateur était bien de favoriser la congrégation des petites sœurs; eh bien, cette intention ne pouvait avoir d'efficacité, car on ne peut pas gratifier un établissement qui n'a pas d'existence légale; sinon, on aboutit à cette absurdité que la charité que la loi autorise se fait par un établissement que la loi ignore.

316. Il faut appliquer les mêmes principes aux legs appelés pies. Un testateur fait un legs en faveur des trépassés. Si l'on ne consultait que les notions de droit, ce legs devrait être annulé. Il faut être conçu pour recueillir un legs, il faut donc exister; et les morts existent-ils? Notre croyance la plus ferme est que leur vie se continue; toujours est-il qu'ils ne vivent plus dans ce monde; comment donc pourraient-ils être gratifiés? Le legs est fait pour le salut de leur âme, dit-on. Nous répondons que c'est là une superstition catholique que la morale réprouve, puisqu'elle favorise l'immoralité. Pour notre part, nous n'hésiterions pas à annuler, comme immoraux, tous les legs appelés pies. La pratique est contraire, cela va sans dire. Dès que l'on admet la validité du legs que le testateur fait pour son âme, il faut aussi admettre qu'il peut faire des legs pour les âmes des trépassés (1). Le legs est accepté par la fabrique, et ne profite réellement qu'à elle, ou, pour mieux dire, aux prêtres qui disent les messes et touchent le legs à titre de salaire. Un jour viendra où l'on ne comprendra plus ce trafic. Pour le moment, c'est le commerce des choses qui ne sont pas dans le commerce qui est le plus profitable.

II. *Application du principe.*

317. La jurisprudence est très-hésitante : tantôt elle annule les legs, tantôt elle les valide, sans que l'on aperçoive une raison de ces décisions contradictoires. Il est

(1) Metz, 10 mai 1844 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 335).

probable que les prédilections ou les antipathies du juge jouent un grand rôle dans cette matière. Quant aux arrêts de la cour de cassation, ils se bornent d'ordinaire à dire que l'interprétation des cours d'appel est souveraine et échappe à la censure de la cour suprême. La cour dit qu'il est de principe que le legs fait à une personne *inconnue et incertaine* est nul. Tel est aussi notre principe. Mais quand on met la règle en regard de l'arrêt rendu par la cour d'appel, et que la cour de cassation confirme, on trouve qu'il y a contradiction complète. Un prêtre lègue tous ses biens à son frère, prêtre également, en disant que c'est pour le mettre à même de *remplir ses volontés, qu'il connaît parfaitement*. Il y avait donc des volontés à remplir, donc des tiers gratifiés, sans que l'on sût quels étaient les véritables légataires. Jusqu'où allaient ces volontés? quel en était l'objet? On l'ignorait. N'est-ce pas là un legs fait au profit de personnes inconnues et incertaines? Ce fut l'avis du tribunal de première instance, qui annula le legs. Sur l'appel, la cour de Rennes le valida (1). Quels sont ses motifs? Elle dit que les volontés du testateur ne se rapportent qu'à des œuvres de bienfaisance et de piété; que des charges de cette nature ne constituent pas des legs faits à des personnes incertaines. Voilà des affirmations, mais où est la preuve? On produisit au procès une lettre du légataire universel à sa sœur où il dit que le défunt lui impose de *grandes obligations* pour des *œuvres de bienfaisance;* que son frère lui a fait connaître ses intentions verbalement et qu'il les remplira scrupuleusement. C'est dire que les biens recueillis par le légataire nominal devaient être employés pour la plus grande partie en œuvres de bienfaisance; il y avait donc des dispositions inconnues au profit d'œuvres inconnues; et comme il n'y a point d'œuvres sans personnes qui les font, au profit de personnes inconnues et incertaines. Donc le tes-

(1) Rennes, 8 décembre 1856, et Rejet, 10 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 79). Un arrêt de la cour de Caen a annulé un legs par lequel le testateur chargeait le légataire de remplir le *reste de ses volontés*, comme constituant un fidéicommis, au profit de personnes incertaines ou incapables; l'arrêt a été confirmé par la cour de cassation (Rejet, 30 novembre 1869, Dalloz, 1870, 1, 202).

tament aurait dû être annulé d'après le principe posé par la cour de cassation. Il y avait encore une autre cause de nullité. Les dispositions concernant des œuvres de bienfaisance résultaient de déclarations verbales du testateur; donc le testament était en grande partie oral, partant nul (1). Nous allons voir que ces principes ont été consacrés par d'autres cours et par la cour de cassation elle-même.

318. Un testateur dit que ses exécuteurs testamentaires mettront à la disposition d'un prêtre nommé dans le testament une somme de 14,000 francs *pour laquelle il lui a fait connaître ses intentions*. L'espèce est analogue à celle qui précède, sauf qu'ici la somme est déterminée, et qu'il y a un tiers chargé d'exécuter la volonté du défunt; du reste, on ne sait pas ce que le prêtre a charge de faire. Cette disposition fut annulée par la cour d'Aix. L'objet de la libéralité est incertain, dit l'arrêt; on ignore à qui la somme de 14,000 francs est destinée; la destination dépend donc de celui qui est chargé d'en faire emploi. Y a-t-il legs quand le légataire est inconnu et incertain? comment vérifier la capacité de cet être mystérieux qui se trouve gratifié? la loi peut-elle valider une disposition qui rendrait illusoires toutes les incapacités qu'elle établit? Il y avait cependant un motif de douter qui ne se présentait point dans la première espèce. Le prêtre offrit d'affirmer par serment que la libéralité n'était pas destinée à un incapable; il proposa ensuite de faire l'emploi de la somme au vu et su de telle personne qu'il plairait à la cour de nommer. Ces offres furent rejetées : la disposition étant nulle, dit l'arrêt, elle ne saurait être validée par des actes étrangers au testateur. Recours en cassation. Merlin conclut au maintien de l'arrêt.

Le procureur général invoque d'abord les principes du droit romain, principes qui, en cette matière, sont d'une vérité incontestable. Qu'est-ce qu'un legs? Il faut une chose léguée, et il faut que le testateur désigne la per-

(1) Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Gand, 28 novembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 126).

sonne à qui il lègue. Dans l'espèce, on ne sait qui est le légataire; il dépend de la volonté de celui qui est chargé de disposer de la chose léguée, de la remettre à qui il veut. Vainement dit-on que le testateur a fait connaître ses intentions. Sa volonté devrait se trouver dans l'acte pour qu'il y eût un legs; or, elle n'y est pas. On opposait l'ancienne jurisprudence. Il y a, en effet, des arrêts qui ont maintenu des dispositions conçues comme celle qui faisait l'objet du débat. Bergier, l'annotateur de Ricard, nous en fait connaître la raison. Ces dispositions mystérieuses avaient d'ordinaire pour objet des restitutions que le testateur faisait par scrupule de conscience. L'obliger à préciser sa volonté, c'eût été l'empêcher de l'exprimer : on ne fait pas sa confession en public. Il est vrai qu'il y a danger de fraude : on l'écarte en exigeant l'affirmation de celui qui est dépositaire des secrets du défunt et exécuteur de ses volontés. Bergier avoue que c'est une condescendance exigée par la charité chrétienne. C'est dire que ces dispositions étaient contraires à la rigueur des principes; aussi les parlements ne les maintenaient que lorsque la personne investie de la confiance du défunt présentait une entière garantie. Nos tribunaux ne jouissent plus de ce pouvoir plus ou moins arbitraire qui appartenait aux parlements; ils sont liés par les principes. Or, les principes ne laissent aucun doute. Le légataire est inconnu et incertain; c'est, à vrai dire, un legs verbal, puisque c'est verbalement que le testateur a fait connaître ses intentions; or, nos lois ne connaissent point de testament verbal. La cour rejeta le pourvoi en décidant que toute disposition faite à une personne incertaine et laissée à la volonté d'un tiers ne peut avoir aucun effet (1).

319. Le testateur peut essayer de soustraire son testament à l'action en nullité, en gardant le silence sur ses intentions. Une veuve institue un légataire universel et fait des legs particuliers à ses héritiers. Ceux-ci soutiennent que le légataire est une personne interposée au

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § II, n° XVIII² (t. XVI, p. 423). Rejet, 12 août 1811 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3472, 1°).

profit d'établissements religieux incapables de recevoir. On procède à une enquête; presque tous les témoins déclarent que le légataire institué n'était pas le vrai légataire. Celui-ci même l'avouait; interrogé sur faits et articles, il ne put donner aucune explication satisfaisante du legs qu'il avait reçu. Les circonstances de la cause prouvaient que l'intention de la testatrice était de distribuer sa fortune en bonnes œuvres. Elle avait fait connaître ses volontés au légataire, mais elle ne les avait pas exprimées dans son testament; dès lors, l'acte devait être annulé, comme étant fait au profit de personnes inconnues, dont on ne pouvait vérifier la capacité; plusieurs témoins déclarèrent que les biens étaient destinés à des communautés religieuses. La cour de cassation rejeta le pourvoi par un motif identique à celui que nous venons de rapporter : il est de principe, dit-elle, que le legs fait à une personne incertaine et laissé à la volonté d'un tiers ne peut avoir aucun effet (1).

320. Si le testateur mentionne les bonnes œuvres auxquelles il destine le legs qu'il fait, la disposition sera-t-elle valable à titre de charge? Un abbé dit dans son testament : « Je donne 5,000 francs aux œuvres pies, moitié pour les vivants, moitié pour les morts. » Les héritiers attaquèrent ce legs comme s'adressant à des personnes incertaines, ou à un établissement public non autorisé. Il fut jugé que par œuvres pies il fallait entendre des prières pour les morts et de bonnes œuvres pour les vivants; que cette disposition était valable, non à titre de legs, mais à titre de charge imposée aux héritiers. La cour avoue qu'il y a danger de fraude : les tribunaux, dit l'arrêt, doivent veiller scrupuleusement à ce que la disposition ne constitue pas une libéralité faite à des personnes ou à des associations incapables de recevoir, ou des libéralités faites en faveur de pauvres ou d'églises, et confiées à des personnes autres que celles que la loi charge de recevoir et d'administrer ces libéralités. Mais, dit l'arrêt de la cour de Bordeaux, rien de pareil ne paraît exister

(1) Toulouse, 21 avril 1856, et Rejet, 13 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 197).

dans l'espèce. Il nous semble que les principes rappelés par la cour sont en contradiction avec sa décision. Il y a, en effet, des établissements publics chargés du soin des œuvres pies, ce sont les fabriques et les bureaux de bienfaisance. Si la cour avait décidé que les 5,000 francs seraient remis par moitié à la fabrique et au bureau de bienfaisance, elle aurait été logique, et sa décision eût été irréprochable. Mais confier à un aumônier ou à une révérende mère l'exécution des œuvres pies, c'est courir au-devant du danger signalé par la cour. Ce n'est pas à dire que le testateur ne puisse faire des dispositions pieuses; il peut les faire en léguant à la fabrique et au bureau de bienfaisance, il peut encore en charger un exécuteur testamentaire; mais, dans le dernier cas, les œuvres et les personnes appelées à en profiter doivent être déterminées, car il s'agit de véritables legs; peu importe qu'on leur donne le nom de charges, le mot ne change pas la nature de la libéralité; dès lors, on rentre dans les principes consacrés par la cour de cassation dans les arrêts que nous venons d'analyser. Le pourvoi en cassation, dans l'espèce, fut admis par la chambre des requêtes, mais la chambre civile rendit un arrêt de rejet (1).

La cour distingue entre les aumônes qui constituent une charge confiée à un exécuteur testamentaire et les legs faits aux pauvres d'une commune; la première libéralité s'adresse, non à la généralité des pauvres, mais aux malheureux qui en ont le plus besoin. Nous admettons la distinction; mais pour qu'elle soit applicable, il faut que ces malheureux soient désignés par le testateur, puisque ce sont de véritables légataires; s'ils restent incertains, le legs est nul. Il n'y a qu'un moyen légal de faire des bonnes œuvres au profit de pauvres que le testateur ne connaît pas, c'est de donner au bureau de bienfaisance, en précisant les bonnes œuvres que le testateur

(1) Bordeaux, 24 novembre 1857, et Rejet, 13 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 322). Dans le même sens, Liége, 19 mars 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 58); Gand, 12 avril 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 71); Liége, 3 février 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 116).

veut faire, et en laissant au bureau le choix des personnes. Si l'on abandonne le choix des bonnes œuvres et le choix des personnes à un exécuteur testamentaire, il y a tout ensemble legs fait à des personnes incertaines et danger que l'exécuteur ne soit chargé de remettre les sommes léguées à des corporations incapables de recevoir. Jadis on voyait une garantie dans l'institution d'un curé initié aux intentions du testateur; aujourd'hui, grâce à la fraude permanente qui se pratique par les congrégations et dans leur intérêt, la désignation d'un curé ou d'une religieuse pour remplir les volontés du testateur devient une probabilité de fraude. Vainement la cour de cassation dit-elle qu'il était constaté par l'arrêt attaqué que les dispositions du testateur ne renfermaient point de libéralités au profit d'établissements ou d'associations non reconnus; la cour de Bordeaux avait dit simplement que rien de pareil ne *paraissait* exister dans la cause. L'expression implique un doute, et ce doute condamne la doctrine que la cour de cassation a consacrée.

321. Ces principes s'appliquent-ils aussi aux legs faits pour prières? Ce sont les legs pies proprement dits; ils consistent à faire dire des messes pour le salut de l'âme du testateur. Peut-il charger de ce soin un exécuteur testamentaire, ou doit-il laisser le legs à la fabrique? Il y a une différence, dit-on, entre les prières et les bonnes œuvres. Toute bonne œuvre est une libéralité; faite par testament, c'est un legs, donc le légataire doit être connu et certain, ou il faut faire la disposition au profit d'un établissement public. Les prières se font par les ministres du culte qui disent les messes; ils sont payés d'après un tarif; donc ils reçoivent une rémunération plutôt qu'une libéralité. Peu importe par conséquent qui rend ce service; il n'y a point de légataire, donc il n'est pas requis que le testateur désigne les prêtres qui diront les messes; cela est impossible même lorsque le testament se fait longtemps avant la mort du testateur; il ne pourrait désigner que le titulaire de l'office, ce qui laisserait toujours la personne incertaine. Mais la personne de celui qui est appelé à rendre un service ne doit pas être certaine;

aucune loi, aucun principe ne l'exige. Reste le danger de la fraude. Il subsiste, il est vrai; toutefois, il faudrait supposer la complicité de l'héritier, car l'exécuteur testamentaire doit rendre compte de sa gestion (art. 1031). Que si l'héritier est réellement complice, il n'y a plus aucun moyen d'éviter la fraude, puisqu'il n'y a plus personne qui soit intéressé à la dévoiler. Il y a un arrêt de la cour de Caen en ce sens (1). Le tribunal de première instance, tout en validant la disposition, y avait vu un legs fait au profit de la fabrique. Nous croyons cette décision plus correcte. L'argumentation de la cour que nous venons de reproduire est plus subtile que vraie. Qu'importe que les messes soient tarifées? La rémunération n'en constitue pas moins un avantage, donc une libéralité. Tous les jours on lègue aux fabriques pour faire dire des messes. Et quelle différence y a-t-il entre des messes dont une fabrique est chargée et les messes qu'un exécuteur testamentaire fait dire? La fabrique est pour les œuvres pies ce que le bureau de bienfaisance est pour les aumônes; c'est donc à la fabrique que s'adressent les dispositions générales ayant pour objet des prières; l'exécuteur testamentaire a seulement pour mission de veiller à ce que les dispositions soient exécutées. Il n'y aurait d'exception à la rigueur de ces principes que pour les œuvres pies qui seraient précisées et quant à leur objet et quant aux personnes gratifiées.

322. La jurisprudence se prononce pour une opinion moins rigoureuse. A vrai dire, la rigueur n'est qu'apparente; elle est plutôt favorable au testateur, en ce sens qu'il a une garantie que ses volontés bienfaisantes ou pieuses recevront leur exécution. S'il dispose lui-même au profit de personnes déterminées, les legs seront exécutés, comme toutes les autres dispositions. S'il fait un legs général de prières ou de bonnes œuvres, il doit instituer le bureau de bienfaisance et la fabrique; ce sont des établissements publics placés sous la surveillance et le contrôle de la commune et de l'Etat, et qui, à ce titre, offrent

(1) Caen, 30 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 43).

au défunt des garanties que ne présentent pas des légataires fictifs ni des exécuteurs testamentaires. Peu importe, après tout, que notre doctrine soit rigoureuse ou non ; il s'agit de savoir si elle est conforme aux principes. Nous avons essayé de le prouver ; et les arguments invoqués par la jurisprudence ne sont pas de nature à ébranler notre conviction. Rien n'est plus licite, dit-on, que les legs faits par le testateur pour prières et bonnes œuvres : c'est moins libéralité qu'accomplissement d'un devoir (1). Nous ne le contestons pas ; nous voudrions que tout testateur fît un legs pie, sauf à l'appliquer à l'instruction et à l'éducation des déshérités de ce monde. Mais si ces legs sont licites et louables, n'est-on pas en droit d'exiger que le testateur les fasse dans une forme licite? On objecte que, ne pouvant pas prévoir quels sont les malheureux qui auront les plus grands besoins, il doit être permis au testateur de s'en rapporter à des amis ou à des hommes qui ont toute sa confiance. Nous répondons qu'il y a des établissements publics qui ont précisément pour mission de recevoir les dons qui s'adressent aux pauvres en général, ou qui ont un but religieux. Qui est plus capable de gérer ces libéralités que les bureaux de bienfaisance et les fabriques? Nous disons plus : la loi elle-même les indique, elle veut que les legs faits aux pauvres soient acceptés par le bureau de bienfaisance. Et où est la différence entre un legs fait aux pauvres et un legs destiné à de bonnes œuvres? Les bonnes œuvres ne consistent-elles pas en aumônes, en secours donnés à des malheureux? Les uns et les autres doivent donc être attribués à l'établissement qui a mission de les recevoir et capacité pour remplir les intentions du testateur.

Nous trouvons une singulière objection dans plusieurs arrêts ; l'article 967, dit-on, donne plein pouvoir au testateur de disposer comme il veut ; donc de quelque manière qu'il ait manifesté sa volonté, elle doit être respectée (2). Que dit donc cet article 967? Que « toute per-

(1) Rejet de la chambre civile, 16 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 335, 3°).

(2) Bordeaux, 19 août 1814 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 336).

sonne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. » Comme nous le dirons en traitant des legs, cette disposition a pour but unique d'abolir le principe du droit romain qui exigeait une institution d'héritier pour la validité du testament; l'article 967 n'entend certes pas valider des libéralités qui s'adresseraient à des personnes incertaines; on pourrait plutôt l'invoquer contre une pareille doctrine (1), car il exige que le testateur manifeste sa volonté, et naturellement dans le testament, et non par une déclaration d'intention verbale et secrète. Cela résulte de la définition même du testament que donne l'article 895: c'est le testateur qui dispose; dès lors, il ne peut pas abandonner le sort de ses dispositions à la volonté ou à la conscience d'un légataire nominal ou d'un exécuteur testamentaire.

323. Il y a des arrêts qui consacrent l'opinion que nous avons enseignée. Un testateur ordonne que ses exécuteurs testamentaires disposeront de tout son mobilier, et le distribueront à tels pauvres qu'ils jugeront convenir, sans être tenus de rendre aucun compte. Les exécuteurs étaient le maire et l'adjoint de la commune; ils ne provoquèrent pas l'acceptation du legs fait aux pauvres. Après 1830, le nouveau maire obtint, comme président du bureau de bienfaisance, un décret qui autorisait l'acceptation du legs. Il agit contre les exécuteurs testamentaires; ceux-ci lui opposèrent la clause du testament qui leur accordait plein pouvoir et les dispensait de rendre compte. La cour de Douai décida que le legs, quoique fait pour les pauvres choisis par les exécuteurs testamentaires, était censé fait pour les pauvres de la commune; que dès lors le bureau de bienfaisance pouvait et devait surveiller l'exécution de la libéralité. Quant à la dispense de rendre compte, il fut jugé qu'on devait l'entendre de manière à ne pas annuler le legs; ceux que le testateur avait voulu gratifier, les pauvres, pour mieux

(1) Comme le font beaucoup d'arrêts. Besançon, 6 février 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 331, 3°).

dire, leur représentant légal, le bureau de bienfaisance, devait avoir le droit de vérifier le montant des sommes touchées dans leur intérêt et s'assurer si ces sommes avaient reçu leur destination (1). Dans notre opinion, on doit aller plus loin : instituer les pauvres, c'est instituer l'établissement public qui seul a qualité de les représenter; c'est donc au bureau de bienfaisance que les sommes léguées doivent être remises; c'est lui qui les distribue, sauf à s'entendre avec les exécuteurs testamentaires.

Un arrêt de la cour de Riom nous montrera à quels dangers on s'exposerait si l'on maintenait les dispositions faites au profit de personnes incertaines. Le testateur avait fait des legs particuliers, entre autres un legs de 600 francs pour messes, puis il chargeait son exécuteur testamentaire, un abbé, d'employer le surplus de sa fortune en œuvres pies et services religieux. Ses héritiers attaquèrent cette disposition comme étant faite au profit d'une personne incertaine. Le legs fut annulé par la cour de Riom. Elle commence par poser en principe que les legs ne sont valables que lorsque leur destination est certaine et que la capacité du légataire peut être vérifiée; elle en conclut qu'il y a lieu d'annuler les dispositions rédigées de manière à les soustraire au légitime contrôle des familles et de l'autorité publique. L'arrêt ajoute que c'est là une sanction nécessaire des restrictions que le législateur a établies à la faculté de recevoir à titre gratuit, notamment de celles qui ont pour but de protéger les familles contre les écarts et les exagérations du zèle religieux ainsi que contre la cupidité qui peut se mêler à l'exercice du saint ministère. Appréciant ensuite le legs fait pour œuvres pies, la cour dit très-bien que le testateur venait de donner 600 francs pour messes, legs qui

(1) Douai, 23 juin 1846 (Dalloz, 1846, 2, 155). Un jugement du tribunal de Malines du 12 avril 1865 est encore plus explicite. Le testateur, après des legs particuliers, avait légué le surplus de ses biens pour être distribués aux pauvres de la commune, au choix et de la manière qu'il plairait à l'exécuteur testamentaire. Il a été jugé que le bureau de bienfaisance avait capacité pour réclamer le legs, et que la clause concernant l'exécuteur testamentaire était réputée non écrite (*Belgique judiciaire*, t. XXIII, p. 1069).

était en rapport avec son modeste patrimoine; conçoit-on qu'il lègue de nouveau une partie notable de sa fortune pour œuvres pies et services religieux? C'est une dissimulation évidente, imaginée pour faire parvenir indirectement l'objet du legs à une personne dont, en l'absence d'une désignation franche et suffisante, il est impossible de vérifier la capacité. La cour annula la disposition, en déclarant qu'il est inutile d'ouvrir une enquête sur la conduite de l'abbé et les moyens de captation qu'il a employés pour obtenir le legs (1).

Nous citerons encore un arrêt de la cour de cassation, remarquable à plus d'un titre. Un testateur ordonne que la valeur de tous ses biens soit employée à faire dire des messes; il nomme exécuteur testamentaire le ministre du culte qui l'a assisté dans sa dernière maladie. Les héritiers soutiennent que ce legs ne peut être accepté qu'avec l'autorisation du gouvernement. La cour de Pau décide qu'il n'y a pas lieu à autorisation, parce qu'il n'y a point de gratifiés, les ecclésiastiques chargés de dire les messes ne faisant que recevoir la rétribution d'un service. Chose singulière! Après avoir écarté l'intervention du gouvernement, tout en avouant le danger de ces dispositions excessives, la cour admettait que l'évêque devait intervenir pour désigner les prêtres qui feraient les services religieux. On pouvait invoquer, à l'appui de cette décision, les principes consacrés par la cour de cassation (n° 234); néanmoins l'arrêt fut cassé (2). La cour de cassation se fonde sur ce que le legs pour services religieux était universel; si l'évêque devait intervenir, à plus forte raison l'intervention du gouvernement était-elle nécessaire, « pour veiller à ce que ces sortes de dispositions n'excèdent pas les bornes légitimes, dans l'intérêt des familles et de la société. » Remarquons que, dans l'espèce, il s'agissait uniquement de prières et de services religieux; c'est le cas le plus douteux, comme nous l'avons dit plus haut (n° 321). La cour de cassation dit très-bien qu'il y a un inté-

(1) Riom, 29 juin 1859 (Dalloz, 1859, 2, 196).

(2) Pau, 24 août 1825 et cassation, 26 novembre 1828 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 388, 2° et 419, 1°).

rêt social en cause. Mais pourquoi la cour limite-t-elle sa décision au cas d'un legs universel? L'intérêt social existe également quand le legs est à titre particulier; un legs de 100,000 francs peut être excessif, aussi bien qu'un legs universel; le droit des familles peut être lésé dans un cas comme dans l'autre. Il y a une autre objection contre le considérant de l'arrêt que nous venons de transcrire : peut-il être question du *droit* des héritiers légitimes quand ils ne sont pas réservataires? Les vrais motifs de décider sont, à notre avis, les principes qui régissent les legs faits à des personnes incertaines.

324. On voit qu'il règne une déplorable incertitude dans la jurisprudence, c'est une absence de tout principe. Voilà pourquoi nous insistons tant sur une matière qui touche de très-près à l'incapacité des congrégations religieuses. Maintenir les legs pour œuvres pies ou pour bonnes œuvres, sans intervention de l'Etat, c'est ouvrir une libre carrière à la fraude. Il en est de même des legs qui sont faits sous la charge d'employer la chose léguée d'après les intentions du testateur. La doctrine les repousse, comme faits à une personne incertaine. Cela nous paraît évident : celui qui est grevé de la charge n'est pas légataire, et l'on ne peut savoir légalement quel est le légataire véritable (1). La jurisprudence, tantôt annule ces legs, tantôt les maintient, sans que l'on aperçoive une raison de ces décisions contradictoires. Un testateur lègue ses biens à son neveu, pour en disposer comme il sait et comme le défunt le lui a dit. Ce legs est nul, dit la cour de Besançon, parce que c'est une énigme qui ne manifeste pas l'intention du disposant; valider une disposition pareille, ce serait donner un moyen facile d'éluder les incapacités de recevoir, et rendre illusoires les prohibitions de la loi (2). Même décision de la cour de cassation dans une espèce où le défunt avait légué ses biens à son exécuteur testamentaire; il fut établi que l'exécuteur était chargé de remettre 30,000 francs à MM. de Saint-Acheul.

(1) Demante, t. IV, p. 55, n° 26 *bis* I. Demolombe, t. XVIII, p. 603, n° 609, et p. 632, 1°, n° 608.

(2) Besançon, 6 février 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 331, 3°).

Voilà le danger; il n'y a qu'un moyen de le prévenir : c'est d'annuler toute disposition incertaine (1).

Voici un legs presque identique. La testatrice lègue son disponible à une veuve, en ajoutant : « qui connaît mes intentions et en qui j'ai la plus grande confiance. » Ce legs a été maintenu, parce que la clause n'impose aucune obligation au légataire (2). Ne dirait-on pas que c'est un moyen que la cour offre à ceux qui veulent faire fraude à la loi? Le testateur qui fait un legs de confiance a-t-il besoin d'imposer une obligation précise au légataire? Dire que le légataire connaît les intentions du testateur, n'est-ce pas dire que celui-ci a fait connaître ses volontés? Et ajouter qu'il a pleine confiance dans le légataire, n'est-ce pas dire qu'il est sûr que ses volontés seront exécutées? Donc il y a des légataires inconnus, mystérieux, et partant la cour aurait dû annuler. La cour de Bruxelles a jugé de même dans un pays où la fraude est à l'ordre du jour. Il était dit dans le testament que le légataire connaissait les intentions de la testatrice. Le tribunal de Charleroi annula le legs; la cour d'appel le valida, parce qu'il n'y avait pas d'obligation (3). Si la testatrice n'avait pas entendu que l'on exécutât ses volontés, pourquoi aurait-elle parlé de ses intentions? C'est un moyen habile de déguiser un legs incertain. Les faits ne tardèrent pas à révéler quelles étaient les intentions de la testatrice; le légataire fit don au bureau de bienfaisance de la maison qu'il avait reçue, à la charge d'y établir des religieuses pour enseigner les jeunes filles! Question de délicatesse, dit la cour. Nous disons, question de fraude!

Dès qu'il y a une femme en cause, on peut soupçonner qu'il y a une fraude pieuse en jeu. Une testatrice institue un curé, son neveu, légataire universel, « aux charges connues de lui. » La cour de Douai annula le legs comme étant fait au profit de légataires inconnus (4). Il est vrai que la testatrice s'était servie du mot *charge*. Mais s'atta-

(1) Rejet, 8 août 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 326).
(2) Lyon, 13 février 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 325, 6°).
(3) Bruxelles, 23 novembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 314).
(4) Douai, 15 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 254).

cher aux mots, en cette matière, n'est-ce pas prêter la main à la fraude? Il faut tenir comme vérité certaine, dit la cour de Pau, qu'un testament est radicalement nul si le bénéfice en doit revenir à des inconnus; la cour annula, en conséquence, un testament qui léguait tous les biens du défunt sous cette clause : « pour qu'il fasse de ma succession l'usage que je lui indiquerai par une note séparée, mais sans qu'il puisse être recherché par qui que ce soit, au sujet de ma succession (1). »

Il y a un moyen plus simple d'éluder la loi et de lui faire fraude, c'est de ne parler ni d'intention, ni de volonté. La testatrice fait à une femme un legs de 3,000 fr. Interrogée sur faits et articles, la légataire ne fait pas une réponse catégorique à la demande claire et précise qui lui est adressée : est-ce elle qui doit profiter du legs? ou est-elle chargée de remettre la somme léguée à un tiers? Réponses évasives, réticence affectée, refus calculé de répondre, voilà tout ce que les juges obtinrent d'elle; ils annulèrent le legs (2). La cour de Rennes rendit une décision toute contraire, bien que la légataire eût avoué qu'elle devait faire emploi de la somme léguée, du moins en partie, conformément aux intentions de la testatrice; mais elle avait eu soin de faire un aveu indivisible (3)!

Quand il y a des consciences aveuglées en cause, on doit s'attendre à tout. Malheureusement le fanatisme aveugle jusqu'aux magistrats; nous parlons de ce dont nous avons été témoin. On ne peut vraiment s'expliquer certaines décisions judiciaires qu'en supposant aux juges une prédilection pour les bonnes œuvres auxquelles le testateur destine ses biens. Une demoiselle commence par instituer un légataire universel, en le chargeant d'employer ses biens en œuvres de bienfaisance, notamment au profit des frères des écoles chrétiennes. Puis, mieux avisée, elle fit un second testament, où il n'est plus question de bonnes œuvres; le testament attaqué fut validé

(1) Pau, 9 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 137).
(2) Bordeaux, 6 mars 1841 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 331, 6°).
(3) Rennes, 5 janvier 1824 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 331, 6°).

par la cour de cassation. La cour dit que les légataires, en supposant que ce fussent les frères, n'étaient pas incertains; d'après la législation française, cela est vrai, mais il y avait encore d'autres œuvres de bienfaisance, et la distribution des biens et leur emploi dépendaient en définitive du légataire, lequel était légataire nominal, et les vrais légataires dépendaient de sa volonté, donc ils étaient inconnus et incertains (1).

325. Il ne faut pas confondre avec les legs faits à des personnes incertaines le cas où le légataire est seulement mal désigné. Le testateur a voulu instituer des légataires certains, mais il a mal exprimé sa pensée; s'il n'y a aucun moyen de préciser sa volonté, le testament doit être annulé, puisqu'on ne connaît pas les légataires (2); mais si la désignation, bien que n'étant pas complète, est suffisante pour faire connaître les légataires, le testament doit être maintenu (3). C'est une question de fait, comme toutes celles qui concernent la volonté du testateur. Il se présente cependant une difficulté de droit. On demande si les éléments de la preuve doivent être pris dans le testament même, ou le juge peut-il les chercher dans les faits quelconques qui peuvent l'éclairer? La cour de Bruxelles a décidé la question dans ce dernier sens (4). Il y a une raison de douter. C'est le testateur qui dispose et qui doit clairement manifester sa pensée; c'est donc dans le testament seul, dira-t-on, que le tribunal doit trouver la désignation du légataire. En consultant des faits extrinsèques, ne risque-t-on pas d'attribuer les biens à une personne que le testateur n'a pas entendu gratifier? La jurisprudence se justifie néanmoins par cette considération qu'il s'agit, non de désigner un légataire, mais de préciser celui que le testateur a voulu instituer. Or, le juge a le droit de s'éclairer par tous les moyens légaux,

(1) Cassation, 1er juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 257). Comparez Paris, 28 janvier 1873 (Dalloz, 1873, 2, 65), très-faiblement motivé.
(2) Rejet, 17 mai 1809 et 3 avril 1816 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 331, 1° et 5°). Bruxelles, 3 décembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 232).
(3) Rejet, 23 décembre 1828 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 332, 1°).
(4) Nous reviendrons sur la question.

à moins que la loi ne restreigne son pouvoir d'appréciation ; c'est ce qu'elle ne fait point dans l'espèce.

N° 5. DE LA FACULTÉ D'ÉLIRE.

326. On entend par faculté d'élire le droit que l'on reconnaît au testateur de commettre à un tiers le choix de ses légataires. Cette faculté n'était pas admise en droit romain, parce qu'elle est contraire à l'essence même du testament, lequel doit être l'expression de la seule volonté du testateur. On admettait néanmoins des restrictions qui ont beaucoup embarrassé les commentateurs ; il est inutile d'entrer dans ces détails d'une législation qui n'est plus la nôtre. La faculté d'élire n'existe plus en droit français. Jaubert dit dans son rapport au Tribunat : « En matière de disposition de biens, il ne peut y avoir de facultés que celles qui sont définies par la loi. Ainsi, le projet ne s'expliquant pas sur l'ancienne faculté d'élire, le silence de la loi suffit pour avertir que cette faculté ne peut plus être conférée. Heureuse interdiction! que d'actes immoraux épargnés à ceux que cette faculté aurait pu intéresser! » Troplong fait une critique amère de ces paroles, où tout, selon lui, est faux ou contestable (1). « Il n'est pas vrai, dit-il, qu'en matière de disposition de biens, il n'y ait de facultés que celles qui sont concédées par la loi; c'est le contraire qui est vrai, et notre article 902 en est la preuve. » Quand on fait dire à la loi ce qu'elle ne dit pas, on a mauvaise grâce à critiquer aussi rudement un des auteurs de la loi. L'article 902 dit que la capacité de disposer est la règle, que l'incapacité est l'exception. Qu'est-ce que ce principe a de commun avec la faculté d'élire? « Il n'est pas vrai, continue Troplong, que du silence de la loi il doive ressortir une prohibition ; c'est le contraire qui est vrai, et notre article en est la preuve. » Une incapacité, oui; mais qui donc conteste la capacité du testateur? Qu'il dise ce qu'il veut, et sa volonté sera exécutée, à une condition, c'est que sa libéralité s'adresse à une personne capable; et si le testateur

(1) Jaubert, Rapport, n° 6 (Locré, t. V, p. 344). Troplong, t. I de l'édition belge, p. 190, n° 548.

abdique son pouvoir entre les mains d'un tiers, comment savoir si le tiers gratifiera un légataire capable? Car, d'habitude, la faculté d'élire est exercée pour tenir la disposition secrète. C'est pour favoriser des restitutions ou pour faire de bonnes œuvres en expiation de ses péchés, que l'on permettait au testateur de confier les réparations à une personne de confiance, d'ordinaire un ministre de la religion. Encore avouait-on que c'était une condescendance, une concession que le droit faisait à la religion, comme nous l'avons dit plus haut (n° 318). Il est d'ailleurs très-difficile d'invoquer l'ancienne jurisprudence comme un précédent en cette matière. Il n'y avait pas jadis de corps légal chargé de la bienfaisance publique, comme l'est aujourd'hui le bureau de bienfaisance; l'Eglise en tenait lieu. On conçoit donc que l'on accordât aux ministres du culte le droit de distribuer les aumônes de testateur et d'exécuter les legs pies. Aujourd'hui il n'en est plus ainsi. C'est le testateur qui doit lui-même dicter sa volonté, et s'il veut faire des œuvres de bienfaisance ou de piété, il doit les adresser aux établissements publics institués à cet effet par la loi.

327. La faculté d'élire expressément le légataire n'est guère dans nos mœurs; nous n'en avons pas vu d'exemple dans les recueils d'arrêts. Dans une affaire jugée par la cour de Metz, il s'est présenté un cas où le débiteur du legs avait le choix; le testateur disait : « Je lègue au séminaire ou à l'Eglise. » On aurait pu interpréter cette disposition comme une substitution vulgaire. Ce n'est pas ainsi que la cour l'entendit. La testatrice avait destiné tous ses biens à des œuvres pies, et nommé un exécuteur testamentaire chargé de remplir ses volontés. C'était donc son mandataire qui devait donner le tiers de ses biens soit à l'Eglise soit au séminaire. Ainsi interprété, le legs était évidemment nul; car ce n'est pas à l'exécuteur testamentaire à désigner la personne gratifiée, le legs ne pouvant jamais dépendre de sa volonté. En ce sens, il y avait faculté d'élire. La cour annula le legs (1).

(1) Metz, 10 mai 1844 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 335).

La cour de Liége a décidé, en termes formels, que la faculté d'élire n'existe plus dans notre droit. Dans l'espèce, le testateur avait légué la nue propriété de ses biens à un hospice dont il abandonnait le choix à un curé de sa paroisse. Le tribunal de première instance avait validé le legs, en le considérant comme fait aux pauvres. On peut sans doute léguer aux pauvres, mais il faut que le testateur dise quels pauvres il veut gratifier, c'est-à-dire quelle sera la commission des hospices qui recueillera le legs. Le curé avait désigné les hospices de Namur, en ajoutant des conditions en faveur des pauvres de la commune habitée par le testateur. Il a été jugé que la faculté d'élire étant nulle, la commission était sans droit (1).

Troplong cite un arrêt de la cour de Paris rendu sous sa présidence comme ayant consacré la faculté d'élire. Si c'est lui qui l'a rédigé, il n'ajoute rien à ses titres de jurisconsulte. Le défunt avait institué un légataire universel, en le chargeant de donner avant tout une somme, que l'acte désigne, pour des œuvres de charité. Plus bas le testateur disait : « La somme que je désigne pour les pauvres est de 30,000 francs, qui devront être versés à l'archevêché de Paris, pour fondation sur six œuvres de charité, afin de faire prier Dieu pour le repos de mon âme. » Nous n'aurions pas hésité à annuler ce legs, en tant qu'il était fait à l'archevêché. L'archevêché est une personne morale, comme la fabrique : a-t-il pour mission de recevoir et de gérer des fondations faites pour les pauvres? Non, certes ; le legs ne pouvait être validé qu'en l'attribuant au bureau de bienfaisance, le seul représentant légal des pauvres, et en effaçant la clause des six fondations à faire sur des œuvres de charité. La cour décida que le legs était certain, partant valable. Il était certain! Oui, si on le considérait comme fait aux pauvres. Non, s'il était fait au profit des six œuvres de charité que le testateur ne désignait pas, et qui ne devenaient certaines que par la volonté de l'archevêque (2).

(1) Liége, 14 mai 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 263).
(2) Paris, 11 mai 1852 (Troplong, t. II, p. 190, n° 548).

328. Après avoir soutenu vivement que la faculté d'élire existe encore, Troplong finit par la repousser. C'est un exemple remarquable du peu de précision que cet auteur met dans l'expression de sa pensée, sans doute parce que sa pensée même est indécise et flottante. Il rapporte d'abord l'arrêt de Paris rendu sous sa présidence, puis il cite les arrêts de la cour de cassation qui posent en principe que le legs doit être fait à des personnes connues et certaines, et qui annulent les legs incertains. Il faut, dit-il, examiner cette jurisprudence de près. Puis Troplong rapporte les arrêts des parlements qui maintiennent les legs faits pour bonnes œuvres, sans les préciser; il avoue que cette jurisprudence avait ses limites et qu'il n'en faut pas exagérer la portée; elle n'allait pas jusqu'à autoriser le legs de sommes indéfinies laissées au secret emploi d'un tiers. Voilà déjà l'auteur qui revient sur ses pas; et il y revient si bien, qu'il ne reste rien ou à peu près de la faculté d'élire. Troplong approuve ce que Merlin dit de la nullité des dispositions, lorsque le testateur a fait connaître ses intentions au légataire: c'est un legs verbal, et ce legs est nul. A la vérité, le testateur sera gêné dans ses idées de restitution; mais pourquoi ne prend-il pas ces dispositions de son vivant? Il y a encore le danger d'éluder les incapacités et les prohibitions de recevoir. Enfin, si l'on admet que le testateur remette à un tiers la disposition de sommes modiques, pourquoi ne lui permettrait-on pas de disposer ainsi de son hérédité tout entière (1)? Voilà Troplong tout à fait de notre avis et, par conséquent, de l'avis de Jaubert : il valait bien la peine de le combattre avec tant de vivacité!

§ II. *Du mineur et du tuteur.*

N° 1. PRINCIPE.

329. L'article 907 porte : « Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur. Le mineur, devenu ma-

(1) Troplong, t. I, p. 191, n° 549-555.

jeur, ne pourra disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. »

La loi établit une double incapacité à l'égard du mineur, et il en résulte une incapacité de recevoir à l'égard du tuteur. Parvenu à l'âge de seize ans, le mineur peut tester dans les limites établies par l'article 904; mais il ne peut pas faire de testament au profit de son tuteur. Cela se comprend; le testament doit être l'œuvre de la libre volonté du testateur; or, le mineur ne jouit pas de cette liberté d'esprit à l'égard de son tuteur. Pour prévenir les abus qui auraient pu en résulter, la loi lui interdit la faculté de disposer en faveur de son tuteur; cela entraîne une autre incapacité, celle des personnes présumées interposées par l'article 911.

L'incapacité subsiste alors même que la minorité cesse. On considère d'ordinaire cette disposition de l'article 907 comme une conséquence de l'article 472, qui porte : « Tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives; le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité. »

Bigot de Préameneu dit, dans l'exposé des motifs : « On n'a pas voulu que les tuteurs pussent concevoir l'espérance qu'au moyen des dispositions qu'ils obtiendraient de leurs pupilles parvenus à la majorité, ils pourraient se dispenser du compte définitif de tutelle. Tous les droits de la minorité continuent même au profit du majeur contre celui qui a été son tuteur, jusqu'à ce que les comptes soient rendus et apurés ; et l'expérience a prouvé qu'il était nécessaire d'interdire au mineur, devenu majeur, la faculté de renoncer à ce compte. Cette règle serait facilement éludée si des donations entre-vifs ou testamentaires acquittaient le tuteur et rendaient ses comptes inutiles (1). »

(1) Bigot de Préameneu, Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. V, p. 314). Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 498, n° 470, p. 507, n° 479.

Il nous semble qu'il y a ici une confusion d'idées. Autre est l'objet de l'article 472, autre celui de l'article 907. Par l'article 472, le législateur a voulu assurer la reddition du compte de tutelle. L'article 907 a pour but de prévenir l'influence illicite que le tuteur pourrait exercer sur son pupille pour en obtenir des libéralités : le mineur, bien que devenu majeur, est toujours sous l'influence du tuteur, tant que celui-ci n'a pas rendu son compte. Dans l'ancien droit, on allait jusqu'à présumer que le pupille devenu majeur était encore mineur ; nous avons dit ailleurs que cette présomption n'existait plus, à notre avis (1). Toujours est-il que le mineur n'a pas la liberté d'esprit, sans laquelle il n'y a point de testament valable, et cette absence de liberté existe tant que le tuteur n'a pas rendu ses comptes.

L'orateur du gouvernement suppose que le testament acquitte le tuteur avant toute reddition de compte. Une pareille libération serait nulle, puisque ce serait une renonciation ; or, le mineur ne peut pas renoncer au droit d'exiger le compte de tutelle. La libération par donation serait tout aussi nulle, puisqu'elle tomberait sous l'application de l'article 472. Cette disposition pourvoit suffisamment aux intérêts du mineur, en ce qui concerne le compte de tutelle. Restait à empêcher le tuteur d'abuser de l'influence qu'il conserve sur son pupille, tant qu'il n'a pas rendu son compte, pour se faire donner des libéralités. Tel est le but de l'article 907. La loi a étendu l'incapacité jusqu'aux testaments, quoique les testaments soient révocables. Ce n'est pas une inconséquence, comme on l'a dit (2). Le législateur suppose que le mineur, dominé par son tuteur, ne révoquera pas ; il pourrait d'ailleurs venir à mourir avant d'avoir révoqué ses dernières volontés. Il était donc sage de rendre son incapacité absolue.

330. D'après ce que nous venons de dire, il est facile de décider la question de savoir si l'article 907 établit

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 124, nos 116-120.
(2) Duranton, t. VIII, p. 225, n° 198. Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 511, n° 483

une incapacité de disposer. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Marcadé, auquel il ne vaut pas la peine de s'arrêter, parce qu'il est contraire à l'évidence des choses. Nous l'avons dit ailleurs, en déduisant une conséquence du principe : la loi qui défend au mineur de disposer au profit de son tuteur, étant fondée sur une incapacité du pupille, constitue un statut personnel (1). Nous verrons d'autres conséquences quand nous examinerons à quelle époque la capacité de disposer doit exister. Voici une application remarquable que la cour de cassation en a faite. Le mineur avait révoqué un testament antérieur et institué un autre légataire universel, le tout en temps d'incapacité. Il a été jugé que la clause révocatoire était nulle, aussi bien que le legs; car l'une et l'autre étaient l'œuvre d'un incapable (2).

N° 2. DU MINEUR CAPABLE DE TESTER.

331. « Le mineur, devenu majeur, ne pourra disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré » (art. 907). On demande si le mineur émancipé peut disposer au profit de celui qui a été son tuteur, en supposant que le compte soit rendu? La même question se présente dans le cas où le mineur est encore sous tutelle, lorsque le premier tuteur a été remplacé par un autre tuteur. Un savant magistrat prétend que la question est décidée par le texte de la loi. L'article 907, dit M. Bayle-Mouillard, commence par poser comme principe général que le mineur ne peut rien donner à son tuteur; puis il admet une exception à la règle, en faveur du mineur devenu majeur, à condition que le compte de tutelle ait été rendu. De là suit que le majeur seul peut disposer au profit de celui qui a été son tuteur; s'il s'agit d'un mineur, on n'est plus dans l'exception, par conséquent on rentre dans la règle, qui

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 175, n° 110.
(2) Cassation du 11 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 187). Comparez la note de l'arrêtiste qui résume la doctrine.

est l'incapacité du mineur (1). Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en ce sens (2). Nous croyons, au contraire, que le texte et l'esprit de la loi sont en faveur du mineur. La règle générale concernant le mineur n'est pas établie par l'article 907, elle se trouve dans l'article 905, qui permet au mineur âgé de seize ans de disposer par testament jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. Ainsi, en principe, le mineur est capable de tester dans une certaine mesure. Cette capacité relative reçoit exception dans le cas prévu par l'article 907. Et quelle est cette exception? C'est que le mineur âgé de seize ans ne peut disposer au profit de son tuteur. Cette exception, comme toute disposition exceptionnelle, est de stricte interprétation ; le mineur est incapable de donner à son tuteur, il n'est pas incapable de donner à celui qui a été son tuteur; donc il peut tester en sa faveur. Lui opposera-t-on le deuxième alinéa de l'article 907, qui suppose le mineur devenu majeur? Nous répondons que la loi ne dit pas que le pupille doit avoir atteint sa majorité pour pouvoir disposer au profit de son tuteur; elle établit une nouvelle incapacité; le mineur, même ayant atteint l'âge de la capacité, ne peut disposer en faveur de celui qui a été son tuteur tant que le compte de tutelle n'a pas été réglé définitivement. Cela ne veut pas dire que le mineur soit incapable de tester au profit de son ancien tuteur; n'étant pas déclaré incapable, il reste capable. Mais sa capacité est soumise à la même condition que celle du pupille devenu majeur, c'est-à-dire qu'il ne pourra tester qu'après l'apurement du compte. Ici il y a un léger motif de douter. La loi ne prévoit pas l'hypothèse : l'interprète peut-il limiter la capacité du mineur par une condition que la loi ne lui impose pas? D'après les principes généraux, on ne le pourrait pas; dans l'espèce, nous croyons qu'on le peut, en invoquant par analogie le deuxième alinéa de l'article 907. Il y a plus qu'analogie, il y a identité. En effet, quelle

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 530, note *a*.
(2) Bruxelles, 14 décembre 1814 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 343)

est l'incapacité que la loi établit, et sur quoi est-elle fondée? Elle déclare le pupille incapable de disposer au profit de celui qui a été son tuteur, jusqu'à ce que le compte ait été rendu, parce que jusque-là, il est dans sa dépendance, il ne jouit pas d'une entière liberté; or, cette dépendance est la même, que le pupille soit mineur ou majeur : si la loi prévoit le cas de majorité, c'est que le législateur statue toujours sur les cas qui se présentent ordinairement; mais, implicitement, elle met le mineur sur la même ligne que le majeur. Ce qui confirme notre interprétation, c'est qu'elle est conforme à l'ancien droit; c'est aussi l'opinion généralement suivie (1).

332. L'article 907 ne permet au pupille de disposer au profit de celui qui a été son tuteur que si le compte définitif de tutelle a été préalablement rendu et apuré. On demande si les formes prescrites par l'article 472 doivent être observées : faut-il la remise des pièces justificatives? faut-il que le pupille ait donné un récépissé du compte et des pièces dix jours avant la donation ou le testament? Nous avons préjugé la décision de la question en enseignant que l'article 907 était étranger à l'article 472 (n° 329); et comme les conditions sont de stricte interprétation, on ne peut transporter dans l'article 907, concernant les dispositions à titre gratuit, celles que le code établit dans l'article 472 pour les traités qui interviennent entre le pupille et son ancien tuteur. On objecte que les textes décident la question. L'article 472 est général, il s'applique à tout *traité* qui se fait entre le tuteur et le mineur devenu majeur; et l'article 907 veut qu'un *compte* définitif et régulier ait été rendu par le tuteur à son pupille; or, le *compte* est un *traité*, le plus simple, le plus naturel de tous ceux qui peuvent avoir lieu entre un pupille et son ancien tuteur; donc le compte-traité de l'article 907 est régi par l'article 472, applicable à tous les *traités* (2). Il nous semble qu'il y a dans cette argu-

(1) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVIII, p. 506, n° 476), et par Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 342.

(2) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 534, note *a*. Comparez Coin-Delisle, p. 101, n° 14 de l'article 907. Aubry et Rau, t. V, p. 434, note 15 du § 649.

mentation une singulière confusion d'idées. Non, l'article 472 ne contient pas une disposition générale; son but est, au contraire, tout spécial, c'est d'empêcher que, par un *traité*, le tuteur ne soit dispensé de l'obligation de rendre *compte;* donc le *compte* n'est certes pas compris sous le nom de *traité;* il suffit de lire l'article 472 pour s'en convaincre. On insiste et l'on dit que l'article 907 veut un compte définitif, apuré, c'est-à-dire vérifié; et comment le pupille vérifiera-t-il le compte et l'approuvera-t-il, s'il n'a sous les yeux les pièces justificatives et si un délai moral ne s'écoule point entre la remise du compte et la disposition qu'il fait au profit de son tuteur? L'objection confond toujours le cas de l'article 472 avec le cas de l'article 907. Au titre de la *Tutelle,* la loi se préoccupe surtout du compte de tutelle, elle veut en assurer la reddition, et elle veut, non un compte apparent, mais un compte sérieux : de là les conditions sévères prescrites par l'article 472, pour empêcher que la loi ne soit éludée. Au titre des *Donations,* le législateur veut garantir la liberté du pupille; il suffit pour cela qu'il ait reçu un compte définitif, établissant ses droits et fixant le reliquat. Est-il nécessaire que les pièces justificatives aient été remises, qu'il y ait un récépissé, que dix jours se soient écoulés entre le récépissé et la donation ou le testament? L'article 907 n'exige aucune de ces conditions; il se contente d'un compte définitif, que le pupille a vérifié et approuvé. La vérification et l'approbation sont-elles sérieuses? Ce n'est plus une question de droit, comme dans l'article 472; c'est une question de fait. Le compte ne serait pas sérieux, d'après l'article 472, s'il n'y avait point de remise des pièces, point de récépissé, pas de délai de dix jours; tandis qu'il peut être sérieux sans toutes ces formes dans le cas de l'article 907 (1). L'opinion que nous enseignons était professée dans l'ancien droit par Pothier, ce qui lui donne un grand poids, car Pothier est le guide habituel des auteurs du code (2).

(1) Duranton, t. VIII, p. 227, n° 199. Aix, 2 février 1841 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 346). Besançon, 27 novembre 1862 (Dalloz, 1862, 2, 214).
(2) Pothier, *Traité des donations*, n° 38, 4°.

333. En fait de conditions, il faut s'en tenir au texte de la loi. L'article 907 exige un compte définitif préalablement rendu et apuré. Il a été jugé, et cela n'est pas douteux, que l'acte de liquidation et de partage de la succession des père et mère ne peut équivaloir à un compte de tutelle que s'il renferme un compte spécial et régulier de la gestion du tuteur qui figure à l'acte. Le même arrêt a décidé que, s'il y a eu deux tutelles successives, le second tuteur doit rendre compte, non-seulement de sa propre gestion, mais aussi de la gestion du tuteur qui l'a précédé; en effet, la loi veut un compte définitif, c'est-à-dire un compte embrassant toute la tutelle; or, quand un ancien tuteur est remplacé par un nouveau, celui-ci est tenu, sous sa responsabilité personnelle, d'exiger un compte du tuteur sortant. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point : le pupille ne devient indépendant de son tuteur que lorsqu'il sait quels sont ses droits et quelles sont les obligations du tuteur, et parmi ces obligations se trouve celle qui découle du premier compte à charge du second tuteur (1). A plus forte raison, le compte personnel du tuteur doit-il être complet. Dans une espèce jugée par la cour de Bruxelles, le tuteur avait omis les dépenses du ménage, ainsi que les opérations d'un commerce considérable. La nature même des omissions prouvait qu'elles étaient volontaires. Etait-ce dans le but de faire fraude à la loi? Peu importe. Le compte était incomplet, partiel; donc il ne répondait pas au vœu de la loi, laquelle exige un compte définitif. Par suite l'incapacité subsistait (2).

334. On demande si le reliquat doit être payé pour que le pupille puisse disposer au profit de son tuteur. C'est une de ces questions que l'on ne devrait pas même agiter, parce que le texte les décide. Peut-il y avoir une condition sans texte? et l'article 907 exige-t-il le payement du reliquat? L'esprit de la loi est d'accord avec le texte. Elle veut assurer l'indépendance du pupille; or, dès que

(1) Besançon, 27 novembre 1862 (Dalloz, 1862, 2, 214). Rejet, 25 juin 1839 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 598).

(2) Bruxelles, 12 mai 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 213).

le compte est rendu, le pupille devient créancier du tuteur reliquataire, et, comme le dit très-bien Furgole, ce n'est pas le débiteur qui est dans la dépendance du créancier, c'est le créancier qui est dans la dépendance du débiteur, puisqu'il peut être poursuivi et saisi (1).

N° 3. LIMITES DE L'INCAPACITÉ.

335. L'incapacité établie par l'article 907 est spéciale : le mineur, dit la loi, ne peut disposer au profit de son *tuteur*. Toute incapacité est de stricte interprétation; celle de l'article 907 doit donc être limitée à celui qui a la qualité de tuteur, et qui, à raison de son autorité et de sa gestion, peut exercer sur le pupille une influence telle, que celui-ci ne jouisse plus de la liberté nécessaire pour disposer à titre gratuit. Le subrogé tuteur, le curateur ne sont pas tuteurs; ils ne gèrent point, ils n'ont pas l'autorité et l'influence qui appartiennent au tuteur et dont il pourrait abuser. Mais tous ceux qui ont la qualité de tuteur et qui gèrent la tutelle sont compris dans le texte et dans l'esprit de l'article 907. Il a été jugé que le protuteur ne peut recevoir de son pupille, ni le second mari de la veuve qui se remarie et qui devient cotuteur, lorsque la mère est maintenue dans la tutelle (2); cela ne fait aucun doute, puisque l'un et l'autre sont tuteurs, et ont la gestion des biens. Mais il y a quelque doute, au point de vue de la rigueur des principes, en ce qui concerne les tuteurs de fait. La question s'est présentée pour la veuve tutrice qui se remarie sans convoquer le conseil de famille. Elle perd de plein droit la tutelle, dit l'article 395. Si elle continue la gestion, elle est tutrice de fait, pour mieux dire gérant d'affaires; le pupille pourra-t-il disposer à son profit, ou est-elle incapable de recevoir comme tutrice de fait? La même difficulté existe

(1) Furgole, *Questions sur les donations*, XXXVI (t. VI, p. 309). C'est l'opinion générale (voyez les auteurs cités par Demolombe, t. XVIII, p. 510, n° 482).

(2) Metz, 18 janvier 1821 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 350); Rejet, 27 novembre 1848 (Dalloz, 1848, 1, 225). Comparez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 435, notes 22 et 23, par Demolombe, t. XVIII, p. 512, n° 485, et par Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 353.

pour le second mari; la loi le déclare responsable de la tutelle indûment conservée, mais on ne peut pas dire qu'il soit cotuteur, alors qu'il n'y a plus de tutelle légale; il est, à la lettre, un administrateur qui n'a point le droit d'administrer. N'étant pas tuteur, le mineur pourra-t-il disposer à son profit, soit pendant sa minorité, soit après sa majorité? Si l'on s'en tient aux principes qui régissent les incapacités, il faut décider la question négativement. Elles sont de stricte interprétation; il n'y a pas, il ne peut y avoir d'incapacité légale sans loi; or, la loi dit que le pupille ne peut donner à son tuteur, et dans l'espèce, il n'y a légalement ni pupille ni tuteur. Vainement dit-on que la tutelle de fait est assimilée à la tutelle de droit; nous avons dit ailleurs que cela n'est pas exact (1). La tutelle de fait est une fiction, puisqu'on suppose une tutelle là où il n'y a qu'une administration; or, le législateur seul a le droit d'établir des fictions et d'en déterminer les effets. Il faudrait donc un texte, et il n'y en a pas; c'est une lacune que l'interprète n'a pas le droit de combler. La cour de Nîmes avait jugé en ce sens; son arrêt a été cassé, et la cour de Montpellier s'est rangée à l'avis de la cour suprême (2); c'est le cri de la conscience qui l'emporte sur le droit strict. On lit dans un arrêt de la cour de Limoges : « La femme et son second mari ont enfreint la loi qui leur imposait l'obligation de donner un tuteur légal au mineur. Attribuer au mari, gérant illégal de la tutelle indûment conservée, un avantage que le tuteur légal n'aurait pas eu, ce serait admettre que l'infraction à la loi peut tourner au profit de celui qui se la permet, conséquence repoussée par la raison et par la justice (3). » Cela est très-vrai, mais c'est la critique de la loi et sa réformation : est-ce là la mission de l'interprète?

La même question et les mêmes doutes se présentent quand la tutelle est gérée de fait par le subrogé tuteur. Il est arrivé que le tuteur, vieillard incapable d'admi-

(1) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 486, nº 373 et p. 504, nº 390.
(2) Cassation, 14 décembre 1836. et Montpellier, 21 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 351).
(3) Limoges, 4 mars 1822 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 350).

nistrer la tutelle, abandonna la gestion au subrogé tuteur; la cour de Grenoble a jugé que le subrogé tuteur était incapable de recevoir une libéralité du mineur, puisqu'il était tuteur de fait (1). Cela est aussi très-rationnel, mais très-peu légal. Nous signalons la lacune au législateur.

336. L'incapacité du mineur cesse quand la tutelle cesse et que le tuteur a rendu son compte, approuvé par le pupille. Que faut-il décider si l'action en reddition de compte est prescrite? On sait qu'elle se prescrit par dix ans à compter de la majorité (art. 475). Si, après les dix ans, le pupille dispose au profit de son ancien tuteur, la disposition sera-t-elle nulle par la raison que le tuteur n'a pas rendu son compte? La jurisprudence s'est prononcée pour la négative. Il y a quelque doute; le texte exige la reddition du compte comme condition de capacité du mineur devenu majeur : ne peut-on pas dire que la condition n'est pas remplie dans l'espèce, le tuteur n'ayant pas rendu compte? Il nous semble que cette interprétation serait par trop rigoureuse et, qu'à force de s'attacher à la lettre de la loi, elle en violerait l'esprit. Pourquoi le code exige-t-il que le compte soit rendu? Pour assurer l'indépendance du pupille. Or, après que l'action en reddition de compte est prescrite, il n'y a plus aucun lien entre le mineur devenu majeur et son ancien tuteur; ils sont devenus absolument indépendants l'un de l'autre; dès lors tout motif d'incapacité cesse. En fait, cela est tout aussi vrai qu'en droit. Dans quelles circonstances un pupille disposera-t-il en faveur de son ancien tuteur, dix ans après sa majorité? On doit supposer que si le tuteur n'a pas rendu compte, c'est qu'il n'y avait pas de compte à rendre, le mineur étant sans biens. Dans ce cas, régulièrement le tuteur sera créancier du pupille, donc son bienfaiteur. Si, venu à meilleure fortune, le pupille veut donner un témoignage de reconnaissance à son tuteur, la loi s'y opposera-t-elle (2)?

(1) Grenoble, 26 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 357, 1°).
(2) Colmar, 19 janvier 1842, et Montpellier, 21 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n°s 347 et 351).

N° 4. EXCEPTION A L'INCAPACITÉ.

337. Le troisième alinéa de l'article 907 porte : « Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des mineurs qui sont ou qui ont été leurs tuteurs. » Furgole explique en très-bons termes le motif de cette exception empruntée à l'ancien droit. « Quand la proximité du sang se rencontre dans la personne prohibée, on ne considère plus la prohibition de la loi, parce que son motif manque, et l'on ne présume plus que l'autorité, l'artifice ou la captation aient attiré la disposition, mais on la rapporte aux justes mouvements de la nature et à l'affection légitime qui sont infiniment plus puissants, et pour lesquels il est plus équitable de présumer (1). »

338. Il a été jugé que les ascendants par alliance ne peuvent pas invoquer le bénéfice de cette disposition de faveur (2). C'est une exception, donc elle doit être limitée au texte, et le texte ne parle pas des alliés. Les motifs que nous venons de transcrire ne s'appliquent d'ailleurs pas aux alliés ; cette vive affection qui naît des liens du sang n'existe pas à leur égard ; ils doivent, par conséquent, être sujets à la prohibition.

§ III. *Des médecins, des ministres du culte et des officiers maritimes.*

N° 1. DES MÉDECINS.

I. *L'incapacité.*

339. Aux termes de l'article 909, les médecins « qui ont traité une personne pendant la maladie dont elle meurt ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie. » Cette incapacité est empruntée à l'ancien droit. On réputait incapables de recevoir

(1) Furgole, *Questions sur les donations*, XXXVI, n° 24 (t. VI, p. 310).
(2) Metz, 18 janvier 1821 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 350).

les médecins, les chirurgiens et les apothicaires, dit Ricard, à cause du grand pouvoir qu'ils ont sur les esprits de ceux qu'ils traitent; leur autorité est d'autant plus à craindre, que la faiblesse de ceux auxquels ils ont affaire est ordinairement réduite en sa plus grande extrémité, lorsqu'ils ont besoin de leur secours; de sorte qu'il n'y a rien qu'ils n'exigent de leurs malades pour l'espérance qu'ils leur donnent de les guérir. Il y a même longtemps, ajoute Ricard, qu'un grand personnage (1) a dit que ceux qui exercent cet art ont l'industrie de nourrir et fomenter les maladies, pour se rendre plus recommandables envers les malades qui les appellent. De sorte, conclut le vieux jurisconsulte, que ce n'a pas été sans grande raison que, pour ne leur pas laisser un plus grand sujet d'en abuser, on ne leur permet pas de recevoir des dispositions en leur faveur des malades qu'ils pansent. Ces paroles sont très-dures; hâtons-nous d'ajouter que Ricard, quelque mal disposé qu'il paraisse pour les médecins, fait une réserve : « Ce que j'ai dit de la médecine, n'est point par un mépris que je fasse de ceux de cette profession, dont la plupart méritent d'autant plus de louanges, que nous voyons qu'ils s'acquittent dignement de cet exercice, nonobstant toutes ces occasions qui, cessant leur intégrité, seraient capables de les détourner de leur devoir (2). » Toujours est-il que le législateur a redouté l'empire que les médecins ont sur celui qu'ils traitent, et qui disposerait en leur faveur : ce sont les expressions de l'orateur du gouvernement (3).

340. La loi déclare incapables de recevoir « les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui ont *traité* une personne pendant la maladie dont elle meurt. » Deux conditions sont donc requises pour que les médecins soient incapables de recevoir. La première, c'est qu'ils aient *traité* le malade qui voudrait disposer en leur faveur, c'est-à-dire qu'ils lui

(1) Un Père de l'Eglise, Tertullien.
(2) Ricard, *Des Donations*, 1re partie, chap. III, sect. IX, nos 495, 496 et 502 (t. I, p. 123 et suiv.).
(3) Bigot de Préameneu, Exposé des motifs, n° 8 (Locré, t. V, p. 314).

aient donné les soins habituels qu'un médecin donne à son malade. De là suit que les médecins consultants ne sont pas frappés de l'incapacité établie par la loi. De là suit encore que les pharmaciens, déclarés incapables par le code, le seront rarement en fait; car ils ne sont incapables que s'ils traitent le malade (1), ce qui de nos jours est certes une rare exception. La cour de cassation a jugé que le pharmacien qui livre seulement les remèdes ordonnés par le médecin traitant n'est pas incapable; l'arrêt ajoute que la question de savoir si le pharmacien a traité ou non le malade, en lui donnant des soins personnels, est une question de fait que le juge décide d'après les circonstances de la cause (2). Il a été jugé, par application de ce principe, que l'ingérence habituelle du pharmacien dans la constatation du mal et dans la prescription des remèdes destinés à le combattre, constitue un traitement et entraîne l'incapacité de recevoir (3), tandis que des soins isolés, et qui ont leur principe dans des relations de parenté et d'amitié, ne rendent pas le pharmacien incapable, d'après le texte et l'esprit de la loi (4).

341. On s'accorde à enseigner, sauf le dissentiment de Delvincourt, que les garde-malades ne sont pas comprises dans l'article 907; le texte ne les mentionne pas, et on ne peut pas dire qu'elles traitent les malades, elles ne font que les garder. La question est douteuse pour les sages-femmes. Si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, il faudrait décider qu'elles sont capables de recevoir; mais nous allons voir que, dans l'opinion générale, le texte n'est pas considéré comme restrictif. On s'attache surtout au traitement médical, celui qui traite est incapable; or, les soins donnés à une femme en couches constituent certes un traitement qui rendrait le médecin accoucheur incapable; donc la sage-femme, qui tient la place du médecin,

(1) Observations de la section de législation du Tribunat, n° 9 (Locré, t. V, p. 291).
(2) Rejet de la chambre civile du 12 octobre 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 370).
(3) Caen, 11 juillet 1866 et Rejet, 7 avril 1868 (Dalloz, 1868, 1, 378).
(4) Montpellier, 31 août 1852 (Dalloz, 1854, 2, 91).

doit être frappée de la même incapacité, quand c'est elle qui traite la malade (1).

La question est bien plus douteuse quant aux empiriques. D'excellents esprits se prononcent pour la capacité. Le texte et la rigueur des principes sont en faveur de cette opinion. Il est difficile d'admettre que l'énumération faite par l'article 909 soit purement explicative; si la loi avait voulu frapper d'incapacité tous ceux qui traitent un malade, il eût été plus simple de le dire, sans énumérer ceux qui ont un titre légal; il faut donc rester fidèle à la règle d'interprétation qui restreint les incapacités et les exceptions dans les limites de la loi (2). Ce qui nous fait pencher pour l'opinion contraire consacrée par la jurisprudence, c'est l'autorité de la tradition. Dans l'ancien droit, on déclarait les charlatans incapables, à plus forte raison, parce que leur influence est souvent plus grande que celle des médecins diplômés, et elle est surtout plus dangereuse. Telle était aussi la pensée du Tribunat. « Il serait superflu de remarquer, dit Jaubert dans son rapport, que la loi atteindra, par voie de conséquence nécessaire, tous ceux qui, dépourvus d'un titre légal, oseraient néanmoins s'ingérer des fonctions de l'art de guérir (3). » C'est peut-être parce que l'exercice illégal de l'art de guérir constitue un délit, que le législateur a cru inutile de mentionner ceux qui s'en rendent coupables; cela semble aller sans dire. Le législateur ferait mieux de suivre la maxime contraire, que cela va encore mieux en le disant : il préviendrait des controverses et des procès.

342. L'article 907 exige une seconde condition pour que le médecin soit incapable. Il faut que la libéralité ait été faite pendant le cours de la maladie dont le malade est mort. De là suit que si une personne dispose au profit de son médecin habituel, alors qu'elle n'est pas malade,

(1) Voyez les autorités citées par Dalloz, au mot *Dispositions*, nos 359 et 360, et par Demolombe, t. XVIII, p. 533, nos 509 et 510.

(2) Coin-Delisle, p. 103, no 6 de l'article 907. Demante, t. IV, p. 64, no 30 *bis* III.

(3) C'est l'opinion assez généralement suivie. Voyez les auteurs et les arrêts dans Dalloz, au mot *Dispositions*, nos 362 et 363. Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 535, no 54.

la disposition est valable, bien que la personne devienne ensuite malade et qu'elle soit traitée par ce médecin pendant la maladie dont elle meurt. Pothier l'enseignait ainsi (1), et cela n'est pas douteux. En effet, la disposition a été faite en pleine capacité, alors qu'il n'y avait aucune influence illégitime à craindre, puisque le médecin ne traitait pas le disposant. Il y a plus : quand même le disposant serait malade, la libéralité qu'il fait à son médecin traitant est valable, si elle est faite pendant une maladie dont le malade n'est pas mort. La loi suppose que, la maladie n'étant pas mortelle, le médecin n'a pas sur l'esprit du malade l'influence qu'elle redoute. Cela est sans inconvénient, si le malade a disposé par testament, car il peut le révoquer ; mais s'il a fait une donation, elle est irrévocable, et il se peut fort bien qu'elle soit due à une influence abusive. Le donateur en pourra demander la nullité, mais il devra prouver que sa volonté n'a pas été libre, c'est-à-dire que la donation est l'œuvre de la captation et de la suggestion (2).

313. Il faut, pour qu'un malade ne puisse disposer au profit de son médecin, qu'il dispose pendant la maladie dont il meurt en faveur du médecin qui le traite pendant le cours de cette maladie. On appelle d'ordinaire la maladie dont le malade meurt la dernière maladie. Il vaut mieux s'en tenir aux expressions du code, qui sont plus précises. Quand la maladie dont le malade meurt est bien caractérisée, il n'y a guère de doute ; mais quand il s'agit d'une longue maladie, qui pendant quelque temps semble donner un espoir de guérison, jusqu'à ce que le mal s'aggrave et entraîne fatalement la mort, on demande si la maladie dont le malade meurt commence avec les premiers symptômes qui la révèlent, ou si elle ne date que du jour où elle est devenue décidément mortelle. Telle est la phthisie pulmonaire. La cour de Paris paraît exiger que la maladie soit devenue irremédiable. Elle le dit dans l'affaire célèbre du testament que le duc de Gramont-

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. XVI, art. 296, note 6.
(2) Coin-Delisle, p. 104, n°s 9 et 10 de l'article 909. Demante, t. IV, p. 65, n° 30 *bis* IV. Duranton, t. VIII, p. 273, n° 250.

Caderousse fit au profit de son médecin. « Le testateur était atteint de la maladie dont il est mort, au jour où il partit pour l'Egypte, à la fin de 1864. Dès cette époque, était arrivé pour lui cet état morbide qui défie tous les efforts de la médecine et n'admet plus que les palliatifs pour la douleur et la distraction pour les préoccupations du malade (1). » La définition est trop restrictive, nous semble-t-il. Dès la première manifestation du mal, la phthisie existe, et c'est cette maladie dont le malade meurt; donc on est dans le cas prévu par le texte; et l'esprit de la loi n'est pas plus douteux. C'est précisément pendant ces maladies qui durent des années que l'influence du médecin devient dangereuse.

Nous préférons la décision de la cour de Toulouse, dans une affaire également célèbre par le nom du testateur. L'abbé Lacordaire fit un testament olographe, en date du 17 décembre 1860, par lequel il léguait tous ses biens à l'abbé Mourey, son confesseur et sous-directeur de l'école de Sorèze. Il mourut le 21 novembre 1861. Son testament fut attaqué par l'un de ses frères, comme fait, pendant la maladie dont il mourut, au profit d'un prêtre qui l'avait traité pendant cette maladie. La santé de Lacordaire s'était gravement altérée dès le commencement de l'année 1860, mais on contestait qu'à la date du 17 décembre de cette année, il fût déjà atteint de la maladie à laquelle il succomba onze mois plus tard. L'arrêt décide que, pendant les années 1860 et 1861, le testateur n'avait eu qu'une seule maladie, persévérante dans son cours, fatale dans son issue, dont le point de départ pouvait être fixé au carême de 1860; les médecins l'appelaient anémie, ou appauvrissement du sang. Peu importe que, dans le cours de sa maladie, il ait écrit et prononcé son discours de réception à l'Académie française, le mal n'en subsistait pas moins. Donc le testament avait été fait pendant la maladie dont il est mort; il fut annulé, et il devait l'être (2).

Il y a des arrêts qui paraissent en opposition avec

(1) Paris, 8 mars 1867 (Dalloz, 1867, 2, 150).
(2) Toulouse, 12 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 9).

l'interprétation que nous donnons à l'article 909. Mais en cette matière, il faut tenir grand compte des circonstances de la cause, car la question est de fait autant que de droit. La testatrice meurt d'un cancer; la maladie remonte-t-elle à la première manifestation du mal, au bouton qui, dit la cour de Grenoble, avait d'abord la grosseur d'une lentille, et finit par devenir une plaie cancéreuse? L'arrêt s'est prononcé pour la négative, parce que, dans le principe, le mal n'exigeait pas de traitement, de sorte que l'on ne pouvait pas dire que le médecin habituel de la malade l'eût traitée; on n'était donc, ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi (1). Un état valétudinaire qui dure quatorze ans, et qui peut durer toute une vie, n'est pas une maladie dont le malade meurt. Dans une espèce jugée par la cour d'Agen, la prétendue malade était morte à 87 ans, sans qu'il fût prouvé que, dans les quatorze ans qui précédèrent sa mort, elle eût eu une maladie proprement dite; on meurt à cet âge parce que l'on est arrivé au terme de la vie (2).

341. L'article 909 a donné lieu à une autre difficulté. Faut-il que le testament soit contemporain du traitement ordonné par le médecin légataire? ou suffit-il que le testament ait été fait pendant la maladie dont le malade est mort et au profit du médecin qui l'a traité dans le cours de cette maladie? La cour de Paris a jugé, dans l'affaire du duc de Gramont-Caderousse, que la loi n'exigeait point que le testament fût contemporain du traitement. Il nous semble que la décision est trop absolue. La cour n'avait pas besoin de ce principe pour décider la question qui lui était soumise; en effet, elle jugea, en fait, que la maladie dernière du testateur existait au jour où il fit son testament, que le médecin légataire le traitait alors, et avait continué à le traiter jusqu'à son dernier jour. Dès lors, l'application de l'article 909 n'était pas douteuse. Nous croyons que la cour de Paris a bien jugé; mais nous repoussons les motifs qu'elle donne et les conséquences

(1) Grenoble, 16 janvier 1834, et Rejet, 9 avril 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 367).
(2) Agen, 9 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 368, 1°).

qu'on en déduit. L'arrêtiste a formulé le principe en ces termes, et c'est bien là la pensée de la cour : « Le testament est nul par cela seul que le testament et le traitement ont eu lieu au cours de la maladie dont le testateur est mort, alors même qu'il serait allégué, soit que le traitement ne s'est pas continué pendant le cours de la maladie et avait déjà cessé à la date du testament, soit que, à la même date, le traitement se trouvait interrompu par l'absence du malade voyageant en pays étranger (1). »

Nous disons que cette interprétation de l'article 909 est trop absolue. Quel est le cas prévu par le code? Il suppose un traitement continué par le même médecin pendant la maladie dont le testateur est mort. C'est cette continuité de soins non interrompus qui donne au médecin une influence journalière et incessante; et c'est à raison de cette influence que la loi déclare le malade incapable de tester au profit de son médecin. Voilà comment les choses se passent ordinairement, et c'est le cas ordinaire que le législateur prévoit (2). Si le médecin, après avoir traité le malade, cesse de le traiter, si un allopathe est remplacé par un homéopathe, le traitement change, le médecin change; sommes-nous encore dans l'hypothèse que le texte a en vue? Non. On n'y est pas davantage si le malade cesse son traitement, et essaye de se rétablir en changeant de climat, en laissant là la science impuissante des médecins, pour se confier aux forces de la nature. Puisque ces cas ne sont pas prévus par le texte, on ne peut pas dire d'une manière absolue, comme l'ont fait la cour de Paris et le ministère public, qu'il n'est pas nécessaire que le testament soit contemporain du traitement. Le texte faisant défaut, on doit recourir à l'esprit de la loi et, sur ce terrain, il n'y a plus de doute. Pour qu'il y ait incapacité, il faut un traitement au moment même où le malade dispose, car sans traitement on ne conçoit pas l'influence du médecin, et là où cette influence n'est point à redouter, il ne peut être question d'incapa-

(1) Dalloz, 1867, 2, 145, et les conclusions de l'avocat général, p. 147.
(2) Voyez un exemple dans l'arrêt de rejet du 27 août 1822 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 368).

cité. La question devient donc une question de fait. Le médecin habituel continue-t-il à donner ses soins au malade, malgré le changement de traitement, malgré l'absence du malade, il y a incapacité; c'est le cas jugé par la cour de Paris, dans l'affaire du duc de Gramont. Mais si le médecin cessait de traiter le malade, son influence aussi cesserait, donc il n'y aurait plus d'incapacité. Cela a été jugé ainsi dans une hypothèse où la décision ne pouvait être douteuse. Le médecin cesse d'exercer sa profession; il en fait sa déclaration à l'autorité; il continue, il est vrai, à voir l'une de ses clientes, mais c'est à titre de parenté, et quand il la voit, il prescrit un régime, il ordonne des tisanes. Est-ce là un traitement dans le sens de l'article 909? Non, dit la cour d'Agen, et avec raison (1).

345. Lorsque le malade a disposé au profit de son médecin, pendant la maladie dont il est mort, et que le médecin l'a traité dans le sens que nous venons d'expliquer, il y a incapacité, et par suite nullité de la disposition. On demande si le médecin est admis à prouver que la libéralité lui a été faite, non à raison de sa qualité de médecin, mais à titre de parent ou d'ami? La négative est certaine; elle est consacrée par la jurisprudence. Mais il importe de préciser le véritable motif de la décision. Chose singulière, aussi souvent qu'il s'agit de présomptions, la jurisprudence laisse plus ou moins à désirer, en ce qui concerne les raisons de décider. Que l'article 909 soit fondé sur une présomption, cela n'est pas douteux; le législateur, prenant en considération la grande influence que le médecin exerce sur l'esprit du malade, en tire la conséquence que le disposant n'est pas libre, et par suite il annule la disposition; il présume donc que la libéralité a été faite sous l'empire d'une influence excessive, peut-être abusive. Il se peut fort bien que le législateur se trompe; disons plus, il est certain qu'il se trompe souvent. Qui croira que le testament fait par un malade, au profit

(1) Agen, 9 décembre 1830, et Rejet, 12 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 368, 1º).

d'une nièce chérie, soit un legs fait par personne interposée au profit du père de la légataire, lequel se trouve être le médecin du malade? Qui croira que l'abbé Lacordaire a testé au profit d'un dominicain, sous l'influence que le confesseur exerçait sur l'esprit de son pénitent? Si la présomption peut faire défaut, ne doit-on pas admettre le légataire à prouver que réellement elle est défaillie? L'équité certes le demanderait ; mais le droit le permet-il? La cour de Toulouse a jugé, dans une espèce très-favorable au légataire, que la preuve contraire à la présomption n'est pas admissible. C'est aussi notre avis ; mais quel est le motif de décider? La cour dit qu'il s'agit d'une présomption légale, laquelle n'admet point la preuve contraire ; elle prend ensuite appui sur le texte de l'article 909, conçu dans une forme prohibitive la plus irritante, ce qui implique une prohibition radicale, absolue ; enfin, elle invoque les exceptions que la loi admet pour les dons rémunératoires et pour les libéralités faites à de proches parents : voilà, dit l'arrêt, la part que le législateur a cru devoir faire à la reconnaissance et aux liens de famille ; l'interprète ne peut pas aller au delà (1).

Telle est la jurisprudence ; interrogeons maintenant la loi. Est-il vrai que les présomptions légales n'admettent pas la preuve contraire? Non, certes ; il résulte de l'article 1352 qu'en règle générale la preuve contraire est admise ; ce n'est que par exception que la loi la rejette : elle n'est pas admise dans les deux cas prévus par l'article 1352. L'un de ces cas, celui où la loi dénie l'action en justice, est étranger à notre question. Reste le second : « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle *annule certains actes.* » Est-ce que l'article 909 annule la libéralité faite par un malade au profit de son médecin, sur le fondement d'une présomption légale? Telle est la difficulté ; elle est décidée d'avance, si l'on admet qu'il y

(1) Toulouse, 10 mai 1856 (Dalloz, 1856, 2, 190). Comparez Bordeaux, 12 mai 1862 (Dalloz, 1862, 2, 167), et un jugement du tribunal de Niort, du 30 avril 1857 (Dalloz, 1859, 3, 15). La doctrine est dans le même sens (Demolombe, t. XVIII, p. 572, n° 548).

a présomption. Or, il est impossible de nier que la nullité de la libéralité ne soit fondée sur une présomption de captation ou de suggestion. Donc la preuve contraire n'est pas admissible. Ainsi le siége de la matière est l'article 1352, et cet article est décisif. La solution est donc d'évidence, si l'on recourt aux principes; tandis qu'elle n'est rien moins qu'évidente si l'on s'en tient à l'article 909, comme l'a fait la cour de Toulouse (1). Il faut ajouter que l'article 1352, tout en rejetant la preuve contraire pour certaines présomptions, permet cependant de déférer le serment et de se prévaloir de l'aveu. La délation du serment n'est guère possible dans l'espèce, puisque le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère (art. 1359). Mais rien n'empêcherait d'interroger sur faits et articles ceux qui demandent la nullité du testament ou de la donation : c'est le seul moyen légal de corriger la rigueur excessive de la loi.

346. Maintenant il nous sera très-facile de répondre à la question de savoir si l'article 909 établit une incapacité de disposer ou une incapacité de recevoir. La question a de l'importance, en ce qui concerne l'époque à laquelle la capacité doit exister, comme nous le dirons plus loin. Si l'on s'en tient à la lettre de la loi, on peut dire que l'article 909 déclare les médecins incapables de recevoir, puisqu'il y est dit qu'ils ne *pourront profiter* des dispositions que le malade fait en leur faveur. Mais cette rédaction rend-elle bien la pensée du législateur? Tout ce que nous avons dit jusqu'ici prouve que, si la disposition faite par le malade au profit de son médecin est nulle, c'est que le malade est sous l'empire d'une influence dangereuse; c'est donc lui qui est incapable, parce qu'il n'est pas libre; le médecin, comme tel, n'est pas incapable; il ne le devient que par voie de conséquence; si le malade ne peut pas lui donner, il est évident que le médecin ne

(1) Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens, du 7 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 231); mais, tout en établissant les vrais principes, la cour insiste sur l'article 909, comme l'avait fait la cour de Bordeaux. Pourquoi ajouter de mauvaises raisons quand il y a une raison décisive?

peut pas recevoir. Nous n'insistons pas, parce que la chose nous paraît évidente (1).

II. *Les exceptions.*

1. DES DISPOSITIONS RÉMUNÉRATOIRES.

347. L'article 909 porte : « Sont exceptées, 1° les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus. » Cette première exception n'en est réellement pas une ; il faut dire plutôt que les libéralités rémunératoires ne sont pas comprises dans la règle. Qu'est-ce que la loi prohibe? Les dispositions faites sous une influence abusive, ou présumée telle. Est-ce qu'un don fait par reconnaissance tombe sous cette prohibition? La reconnaissance est un devoir, et certes le législateur n'entend pas commander l'ingratitude. Faut-il que le disposant dise qu'il fait la libéralité pour récompenser les services du médecin qui le traite? Le code ne l'exige pas et, en fait de conditions, on ne peut pas ajouter à la loi. Toutefois, le don rémunératoire étant considéré comme une exception, le donataire ou le légataire devrait prouver que la disposition est réellement à titre rémunératoire, si les héritiers du défunt l'attaquaient comme rentrant dans la règle. La preuve se ferait d'après le droit commun, puisque l'article 909 n'exige pas qu'elle soit écrite dans le testament (2).

348. L'article 909 veut que la disposition soit faite à titre particulier ; d'où suit qu'une disposition faite à titre universel ne peut être validée comme étant rémunératoire. Le législateur a craint sans doute qu'une disposition pareille ne fût rémunératoire qu'en apparence, et qu'en réalité elle ne fût l'expression d'un autre sentiment, car l'usage n'est pas de rémunérer dans cette forme. Cela ne

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 529, n° 500. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 103, n° 1 de l'article 909.

(2) Demante, t. IV, p. 66, n° 30 *bis* VI. Demolombe, t. XVIII, p. 554, n° 534. Lyon, 18 mai 1850, et Rejet, 10 décembre 1851 (Dalloz, 1852, 1, 80). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Montpellier, du 19 mai 1813 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 388, 1°).

nous paraît pas douteux lorsque, en instituant son médecin légataire universel, le testateur n'a point ajouté que c'était en récompense de ses services. Il y a eu un arrêt en ce sens dans l'affaire du duc de Gramont-Caderousse. Le testament ayant été annulé en vertu de l'article 909, le médecin demanda qu'il fût maintenu comme legs rémunératoire, jusqu'à concurrence d'une somme de 200,000 francs, ou au moins à titre d'honoraires. Il fut jugé que le legs étant universel ne pouvait valoir comme récompense, puisque la loi n'admet les dispositions rémunératoires que si elles sont faites à titre particulier (1). Dès que l'on n'est pas dans le cas de l'exception, on rentre dans la règle, qui est l'incapacité, et par suite la nullité. Vainement dirait-on qu'il y a lieu de réduire la libéralité à la mesure d'un don rémunératoire; la loi ne donne pas ce pouvoir aux tribunaux; ce serait faire un testament autre que celui du testateur. Il n'a pas voulu faire un don rémunératoire qu'il avait le droit de faire, et il a fait un legs qu'il n'avait pas le droit de faire : c'est dire que tout est nul. Tout au plus pourrait-on soutenir qu'il y a lieu à réduction, lorsque le testateur a déclaré faire une disposition universelle à titre de rémunération : il a eu l'intention, dans ce cas, de disposer à titre rémunératoire, seulement la disposition aurait dû être faite à titre particulier; on pourrait dire que l'on reste dans les termes de la loi, en la réduisant. Ce n'est pas notre avis; qu'importe l'intention du disposant? Dès qu'il fait une disposition qui ne rentre pas dans l'exception, il fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire, donc la disposition est nulle. Troplong se prononce pour la réduction, mais sans donner aucun motif (2); nous n'admettons pas d'opinion non motivée (3)

349. L'article 909 autorise implicitement la réduction des libéralités rémunératoires, en statuant que le malade peut faire ces dispositions « eu égard à ses facultés et

(1) Paris, 10 juin 1869, et Rejet, 21 mars 1870 (Dalloz, 1870, 1, 329). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Paris, du 9 mai 1820, sans autorité, parce qu'il est sans motifs (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 363).

(2) Troplong, t. II, n° 638 (p. 221 de l'édition belge, t. I).

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 437, note 36 du § 649. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 42, note 29. Demolombe, t. XVIII, p. 551, n° 531.

aux services rendus. » Quand donc la rémunération est excessive, au point de vue de la fortune du défunt et des services que le médecin lui a rendus, il y a lieu de les réduire. Dans quelle mesure? La loi le dit. Il faut tenir compte des facultés du disposant et des services du médecin. Cela signifie que la libéralité sera maintenue, mais dans la mesure légale. Nous disons la libéralité; car le don rémunératoire est une libéralité, en tant qu'il dépasse le montant pécuniaire des services; et c'est bien cette libéralité que la loi déclare valable. Il ne faut donc pas annuler la libéralité, comme l'a fait la cour d'Orléans, et n'allouer au médecin que ses honoraires. Ainsi entendu, l'article 909 serait inutile; le médecin n'a pas besoin d'une exception de faveur pour réclamer le payement d'une dette; si la loi déroge à la prohibition de donner, cette exception porte naturellement sur la règle; la règle défendant la libéralité, l'exception l'autorise par céla même dans la mesure légale. L'erreur de la cour d'Orléans était évidente; son arrêt a été cassé (1).

2. DISPOSITIONS EN FAVEUR DES PARENTS.

350. L'article 909 fait une seconde exception en faveur des parents; il est ainsi conçu : « Sont exceptées : 2° les dispositions universelles dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe, à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers. » Cette disposition a donné lieu à de vives controverses. Un premier point est certain, c'est que l'exception ne profite pas à tous les parents; la loi la limite expressément aux parents les plus proches, c'est-à-dire à la parenté jusqu'au quatrième degré. Au delà des cousins germains, le lien du sang s'affaiblit; si le malade donne, ce n'est plus au parent, c'est au médecin, on n'est plus dans l'exception que l'affection née du sang justifie, on rentre dans la règle de

(1) Cassation, 13 août 1844 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 373).

l'incapacité. Il en est ainsi alors même que le médecin serait héritier légitime du testateur. En effet, la loi ne tient pas compte de cette circonstance, elle ne la prend en considération que lorsqu'il y a des héritiers en ligne directe; nous reviendrons sur ce point. Quant aux parents au delà du quatrième degré, ils sont placés sur la même ligne que les étrangers. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une hypothèse qui, en apparence, était très-favorable au médecin légataire. Celui-ci n'était parent du testateur qu'au cinquième degré; pour écarter la prohibition prononcée par le texte de l'article 909, il invoquait l'esprit de la loi. Dans l'intérêt de qui la loi prononce-t-elle la nullité du legs fait au médecin? En faveur des parents. Or, dans l'espèce, l'annulation du legs n'aurait pas profité aux parents, parce qu'il y avait un étranger, légataire universel, qui recueillait seul, à l'exclusion des parents, tous les biens, y compris ceux qui étaient légués au médecin. La cour de cassation répond, et sa réponse est péremptoire, que l'article 909 n'admet d'exception à l'incapacité qu'elle établit qu'en faveur des parents les plus proches; elle exclut du bénéfice de cette faveur tous les parents au delà du quatrième degré, sans distinguer s'ils sont successibles ou non; or, le juge ne peut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. A quoi, en effet, aboutirait cette distinction? A créer une nouvelle exception au profit des parents qui dépassent le quatrième degré. L'interprète n'a pas ce droit (1).

351. L'application de la deuxième exception donne lieu à une difficulté sur laquelle les interprètes sont divisés. Quand le médecin est parent du malade jusqu'au quatrième degré, il peut recevoir une disposition universelle, pourvu, dit l'article 909, que le défunt n'ait pas d'*héritiers* en ligne directe. Lors donc qu'il y a des *héritiers* en ligne directe, le défunt ne peut pas faire de disposition universelle au profit de son médecin; la loi préfère les *héritiers* au médecin légataire. Mais que faut-il entendre par le mot *héritiers?* Sont-ce les *successibles*

(1) Rejet, 7 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 231).

appelés à recueillir l'hérédité? ou les *parents*, alors même qu'ils ne succéderaient pas, excluent-ils le médecin légataire? Le malade a pour plus proches parents un aïeul, un frère et un cousin; le frère succédant à l'exclusion de l'aïeul, celui-ci est, à la vérité, *parent* dans la ligne directe, mais il n'est pas héritier. Est-ce que, dans ce cas, le défunt peut faire une disposition universelle au profit de son cousin, si celui-ci l'a traité comme médecin? La solution de la question dépend du sens que l'on attache au mot *héritier*. S'il signifie *successible*, l'aïeul n'étant pas successible, le malade n'a pas d'héritier en ligne directe, donc il pourra donner tous ses biens à son médecin, parent au quatrième degré. Mais si le mot *héritiers* signifie *parents*, il ne pourra pas disposer à titre universel au profit de son médecin, puisqu'il laisse un parent dans la ligne directe, son aïeul.

Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la première opinion. Le sens ordinaire du mot *héritier* est *successible*; y a-t-il une raison pour s'écarter de la signification habituelle? Il nous semble que l'esprit de la loi est en harmonie avec son texte. Pourquoi la loi ne permet-elle pas au malade de disposer de tous ses biens au profit de son médecin, lorsqu'il laisse des héritiers en ligne directe? C'est évidemment dans l'intérêt de ces héritiers; or, ils ne sont intéressés que lorsqu'ils succèdent. Que leur importe qui recueille les biens quand ils ne sont pas appelés à la succession? Qu'importe, dans l'espèce, à l'aïeul que les biens du défunt soient recueillis par un cousin plutôt que par un étranger? Or, le défunt aurait pu les donner à un étranger; donc il doit avoir le droit de les laisser à un proche parent qui l'a traité dans sa dernière maladie (1).

Que dit-on pour l'opinion contraire? On invoque un argument qui s'adresse au législateur, et non à l'interprète. L'article 909, dit-on, et l'article 907 consacrent des dispositions analogues, fondées sur le même principe : le

(1) Demante, t. IV, p. 67, n° 30 *bis* IX. Marcadé, t. III, p. 424, n°s V et VI de l'article 909. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 43, note 33. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 546, note *c*.

mineur et le malade sont frappés d'une incapacité relative, parce que le législateur craint l'influence du tuteur sur l'esprit de son pupille, et l'influence du médecin sur l'esprit de son malade. Dans l'un et l'autre cas, la loi admet une exception : le mineur peut donner à son *ascendant*, quoique tuteur, le malade peut donner à un *parent* jusqu'au quatrième degré, quoique médecin. Les deux dispositions étant analogues doivent être régies par le même principe; or, dans l'article 907, la loi s'attache uniquement à la parenté; quand même l'ascendant tuteur ne serait pas successible, il pourrait être institué légataire universel; donc l'article 909 doit être interprété dans le même sens, c'est-à-dire que l'on y doit tenir compte de la parenté, quand même les parents ne seraient pas successibles (1). Nous répondons avec un vieil adage : que l'interprète ne doit pas avoir la prétention d'être plus sage que le législateur. Le législateur a parlé; dès lors, l'interprète ne doit pas lui faire dire le contraire de ce qu'il dit, fût-ce pour établir l'harmonie entre deux dispositions qui paraissent contradictoires. Mais y a-t-il réellement contradiction et anomalie? S'il y a analogie entre les articles 907 et 909, il y a aussi des différences. L'article 909 ne dit pas simplement, comme l'article 907, que l'ascendant médecin peut recevoir une disposition universelle; il est bien plus compliqué. La loi commence par faire une exception au profit des *parents*; jusqu'ici il y a analogie et harmonie entre les deux articles; puis elle restreint cette exception dans l'intérêt des héritiers directs; ici l'analogie cesse, et quand il n'y a plus analogie, on n'est pas en droit d'exiger qu'il y ait identité de décision. Après tout, y eût-il défaut d'harmonie, ce ne serait pas une raison pour altérer le texte de la loi : qu'on s'adresse au législateur!

La même question se présente pour l'interprétation de la dernière partie de l'exception : « à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du

(1) Duranton, t. VIII, p. 277, n° 256. Coin-Delisle, p. 105, n° 17 de l'article 909. Aubry et Rau, t. V, p. 438, et note 37 du § 649.

ombre de ces *héritiers*. » Faut-il que le médecin légaaire soit *héritier?* ou suffit-il qu'il soit *parent?* Ici l'analogie entre les articles 909 et 907 reparaît, et on pourrait soutenir, en théorie, que la qualité de parent est suffisante. Mais il est impossible d'admettre cette interprétation; si l'on entend dans la première partie le mot *héritier* comme synonyme de successible, on doit donner le même sens au même mot dans la seconde partie. Conçoit-on que, dans une seule et même disposition, le mot *héritier* signifie tantôt *successible*, tantôt *parent?* Une pareille interprétation serait contraire à tout principe. Ainsi le malade a pour plus proches parents son aïeul, son père et un fils : peut-il faire une disposition universelle au profit de son *aïeul* ou de son père qui serait médecin? Non, car il y a un héritier dans la ligne directe, le fils; et l'ascendant, quoique parent en ligne directe, n'est pas successible, dans l'espèce, puisqu'il est exclu par le fils (1).

352. L'article 909 fait une exception au profit des médecins, *parents* jusqu'au quatrième degré. Cette exception peut-elle être invoquée par les *alliés?* La cour de cassation a jugé que les alliés ne pouvaient pas s'en prévaloir, ce qui est évident. Si nous posons la question, et si nous mentionnons la décision de la cour suprême, c'est que les motifs sur lesquels elle est fondée ne nous paraissent pas conformes aux vrais principes. L'article 909, dit l'arrêt, dans l'*incapacité* qu'il prononce et dans l'*exception* qu'il établit au profit des *parents*, s'occupe de la transmission et de la conservation des biens dans les familles; or, les *alliés* n'ont aucun droit à ces biens, donc ils sont étrangers à cet article, de même qu'à tous les autres qui règlent la même matière (2). Non, il ne s'agit pas d'assurer la conservation des biens dans les familles; il y a de cela une preuve décisive, c'est que le malade peut disposer de tous ses biens en faveur d'un étranger

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 555, nos 536 et 537.
(2) Arrêt de rejet de la section civile, du 12 octobre 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 370). Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 563, n° 542, et les auteurs qu'il cite.

s'il ne laisse pas de réservataires, comme on doit le supposer. L'incapacité que l'article 909 établit n'a donc rien de commun avec l'indisponibilité des biens. Il en est de même de l'exception que la loi fait en faveur des parents. Pourquoi les déclare-t-elle capables de recevoir, quoique médecins? Parce qu'ils sont, avant tout, parents; si donc le malade leur donne ses biens, c'est par l'affection que les liens du sang créent entre les membres d'une famille, ce qui écarte toute idée de suggestion et de captation Cette exception, comme toute disposition exceptionnelle, est d'interprétation rigoureuse; voilà pourquoi on ne peut l'étendre aux alliés. Cela est aussi fondé en raison. A t-on pour ses alliés l'affection que l'on a pour ses parents? Non, certes. Donc il n'y avait pas de motif pour étendre aux alliés l'exception que la loi fait en faveur des parents.

3. DU MARI MÉDECIN ET DU MÉDECIN AMI.

353. La doctrine et la jurisprudence admettent une exception en faveur du mari médecin qui traite sa femme pendant la maladie dont elle meurt : il peut, dit-on, recevoir les libéralités que la loi permet de faire entre époux. Il y a un motif de douter, très-grave, à notre avis, et qui nous fait pencher pour l'opinion contraire. L'incapacité établie par l'article 909 est générale, elle frappe tout malade et tout médecin; donc elle s'applique aussi à la femme traitée par son mari. Il y a des exceptions qui confirment la règle. Le mari est-il compris dans ces exceptions? La femme peut lui faire des dons rémunératoires, cela va sans dire : peut-elle aussi faire des dispositions universelles en sa faveur? D'après le texte, non, car le mari n'est pas parent. On se récrie contre cette interprétation judaïque. Sur quoi se fonde l'incapacité qui frappe tout ensemble le malade et son médecin? Sur une présomption de captation. Y a-t-il lieu de présumer cette influence illicite lorsque c'est le mari qui traite sa femme? La loi l'écarte en faveur d'un cousin germain, parce qu'elle suppose que la libéralité est dictée par l'affection du tes-

tateur pour son parent et non par l'influence que le médecin exerce sur l'esprit du malade. Est-ce que l'affection que la femme a pour son mari n'est pas mille fois plus forte que celle qu'elle a pour ses plus proches parents, fût-ce son père, fût-ce son fils? Rien de plus vrai; mais nous sommes en présence d'une incapacité absolue et d'exceptions strictement limitées. Supposons que la loi n'eût pas fait exception pour le père, pour le fils du malade : auraient-ils pu dire qu'ils ne sont pas compris dans la règle, parce que ce serait insulter la nature que de supposer que le petit-fils qui traite son aïeule abuse de son influence pour lui surprendre des libéralités? Non, et c'est précisément pour ce motif que le législateur a dû formuler des exceptions, quelque légitimes, quelque naturelles qu'elles soient. Il faut donc poser comme principe qu'il n'y a d'autres exceptions que celles que la loi elle-même consacre, ce qui décide notre question.

On objecte, et l'objection n'est certes pas sans force, que le mari est obligé, en vertu de la loi, de prêter à sa femme *secours* et *assistance* (art. 212). S'il est médecin, son devoir est de secourir, d'assister sa femme : tournera-t-on contre lui ce qui est l'accomplissement d'un devoir? verra-t-on des suggestions et des captations dans les soins qu'il donne à sa femme, et qu'il est légalement obligé de lui donner? Moralement, l'objection est décisive; légalement, elle n'a aucune valeur. Le médecin est obligé, par son titre, de prêter son ministère aux malades qui l'appellent à leur secours; il peut être le seul médecin de la localité, seul à même de donner les soins journaliers qu'exige une maladie cruelle; cependant, il est frappé d'incapacité tout en remplissant un devoir. N'est-ce pas un devoir pour le malade de témoigner sa reconnaissance au médecin qui lui prodigue ses soins? Néanmoins il ne peut pas donner ses biens à celui qui soulage ses maux, parfois aux dépens de sa santé; il a fallu une disposition formelle de la loi pour lui permettre de faire en sa faveur un simple don rémunératoire. L'ami, comme nous allons le dire, ne peut pas recevoir un legs universel de son ami quand il le traite dans la maladie dont il meurt. On

peut dire des amis ce que l'on dit des époux, et cependant l'un est incapable de donner et l'autre incapable de recevoir.

La cour de cassation a un autre argument. Elle prétend que le mari n'est pas compris dans la règle de l'article 909. Il y a un chapitre spécial dans notre titre, le IXe, qui traite des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. Le législateur a tenu compte de l'influence que l'un des conjoints peut exercer sur l'autre; il déclare les donations révocables. Voilà la garantie du donateur. Les droits des époux étant écrits au chapitre IX, l'article 909 leur est étranger. L'argumentation nous paraît d'une faiblesse extrême. Est-ce que les dispositions générales, telles que celles du chapitre IX, empêchent que la loi n'établisse des incapacités spéciales? Est-ce que, en fixant le disponible entre époux et en déterminant les effets des libéralités qu'ils peuvent se faire, le législateur a songé au cas si rare où le mari serait médecin de sa femme? N'est-il pas de principe élémentaire que des incapacités spéciales peuvent coexister avec une capacité générale (1)?

Après cela, nous avouerons volontiers que le législateur aurait dû faire une exception pour le mari, comme il en fait une pour les parents les plus proches, parce que la probabilité de captation est combattue par une probabilité plus forte, celle de l'affection, et que par suite la présomption de captation n'a plus de raison d'être. Mais à qui est-ce à peser les probabilités sur lesquelles reposent les présomptions? Au législateur, et au législateur seul.

354. Dans l'opinion générale, on admet que le mari médecin peut recevoir des libéralités de sa femme conformément au droit commun. On admet encore que le mari reste capable lors même que le mariage n'aurait été contracté que pendant la maladie, parce que c'est toujours au mari et non au médecin que la libéralité est cen-

(1) Rejet, 30 août 1808 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 378). C'est l'opinion générale; voyez les autorités citées par Dalloz (n° 378) et par Demolombe, t. XVIII, p. 564, n° 543).

sée faite. Il en serait autrement si la libéralité était faite avant le mariage, parce qu'alors elle serait faite par un incapable à un incapable. De même la libéralité postérieure au mariage serait nulle si le mariage n'avait été contracté que pour couvrir l'incapacité (1). Nous citerons une application de ces principes pour montrer que le législateur n'a pas tout à fait tort de se défier des médecins. Une dame, séparée de fait de son mari, va consulter à Paris, sur une maladie de poitrine dont elle ressentait les atteintes depuis plusieurs années. Le docteur qu'elle consulta quitta Paris et alla résider à Saint-Vallier, où la malade le reçut et le logea dans sa maison. En 1809, le docteur retourna à Paris; la dame l'y suivit, logea d'abord à côté de son médecin, puis demeura chez lui comme pensionnaire. Elle devint veuve; sa fortune s'augmenta de ses reprises et des libéralités de son mari. Voulant réaliser sa fortune, elle vendit ses biens pour 220,000 francs. Sa maladie faisait des progrès alarmants. Cependant en 1812, elle se maria avec son docteur; les futurs se firent des donations réciproques par contrat de mariage. L'union fut célébrée dans la chambre de la malade, qui ne pouvait plus quitter le lit. Quatre jours après, elle fit un testament olographe, par lequel elle instituait son mari légataire universel; elle mourut un mois après son mariage. Le testament fut attaqué et annulé : la cour de Paris dit que l'incapacité du médecin n'avait pu être couverte par un mariage contracté uniquement pour échapper à la prohibition de la loi. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour de cassation flétrit aussi le médecin, spéculateur en mariage, qui abuse de l'empire qu'il a sur sa malade pour obtenir d'elle des libéralités dans les derniers moments de sa vie (2). Parfois la spéculation réussit. Il est si facile d'éluder la loi! Le médecin n'a qu'à ne pas traiter sa femme, du moins au vu et au su du public; dès qu'il y a un autre mé-

(1) Demante, t. IV, p. 70, n° 30 *bis* XIII. Demolombe, t. XVIII, p. 565, n°s 544 et 545. Aubry et Rau, t. V, p. 438, et notes 39 et 40.

(2) Paris, 26 janvier 1818, et Rejet, 11 janvier 1820 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 379, 1°).

decin traitant, le mari n'est plus incapable, et il recueille les fruits de sa honteuse cupidité (1).

355. Les empiriques ne sont pas déplacés auprès de ces médecins spéculateurs. On demande s'ils peuvent invoquer le bénéfice des exceptions établies par l'article 909. La question suppose qu'ils sont frappés de l'incapacité dont la loi frappe le malade et son médecin. Nous avons admis l'affirmative avec la jurisprudence ; dès lors il faut aussi admettre qu'ils sont compris dans l'exception que la loi apporte à la règle. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens (2).

356. Troplong enseigne que le malade peut disposer au profit du médecin qui est son ami. Il se fonde sur l'article 909, n° 1, qui permet de faire des dons rémunératoires au médecin : l'affection, dit-il, l'amitié, le dévouement sont des titres aussi grands que la reconnaissance. Moralement, oui ; mais légalement ? Peut-on étendre des exceptions par analogie ? et quand on le pourrait, l'analogie ne servirait à rien au médecin ami, puisque le don rémunératoire ne peut se faire qu'à titre particulier ; et pour valider une pareille libéralité, on n'a pas besoin d'invoquer l'amitié. On voit que l'opinion de Troplong n'a aucune base juridique ; il est inutile de s'y arrêter (3).

N° 2. DES MINISTRES DU CULTE.

357. L'article 909, après avoir établi les règles qui concernent l'incapacité du malade, et par suite celle du médecin, ajoute : « Les mêmes règles seront observées à l'égard des ministres du culte. » Donc le malade est incapable à l'égard des ministres du culte, comme il l'est à l'égard des médecins. Le fondement de l'incapacité est identique. C'est la jurisprudence qui a établi l'incapacité dont les confesseurs et directeurs sont frappés, à cause

(1) Paris, 30 juin 1817 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 379, 2°).

(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n°s 363 et 375, et les auteurs cités par Aubry et Rau (t. V. p. 437, note 32 du § 649), et par Demolombe, t. XVIII, p. 572, n° 549.

(3) Troplong, n° 640 (t. I de l'édition belge, p. 221). En sens contraire, Demante, t. IV, p. 69, n° 30 *bis* XII, et Demolombe, t. XVIII, p. 568, n° 547.

de l'empire qu'ils acquièrent ordinairement sur l'esprit de leurs penitents, et surtout de leurs pénitentes : ce sont les expressions de Pothier (1).

Le malade est incapable parce que la loi présume que son esprit n'est pas libre; l'incapacité de donner entraîne celle de recevoir. Quelles sont les personnes qui ne peuvent recevoir d'un malade à raison de leur ministère religieux? La loi le dit : les ministres du culte, donc les ministres de tout culte, quel qu'il soit, les pasteurs et les rabbins, aussi bien que les ministres de l'Église catholique. On ne comprend pas qu'il y ait dissentiment sur ce point, puisque le texte est formel. Il est vrai que l'empire des ministres catholiques est plus grand que celui des ministres de tout autre culte, non-seulement à cause de la confession, mais surtout à raison des dogmes; le catholicisme, dans son essence, est la soumission absolue du fidèle à l'Eglise et à ses ministres. Mais la loi ne fait pas cette distinction, donc légalement tous les cultes sont sur la même ligne, et tout ministre du culte est incapable de recevoir, bien entendu sous les conditions déterminées par la loi (2).

358. Quelles sont ces conditions? L'article 909 répond à la question : on applique aux ministres du culte les règles que la loi établit pour les médecins. Il n'y a aucune difficulté quant à la maladie; il faut que le ministre ait donné des soins spirituels au malade pendant la maladie dont il meurt, et il faut que la libéralité lui ait été faite pendant le cours de cette maladie. En ce point, l'identité entre le ministre du culte et le médecin est complète (3). Le principe est aussi le même en ce qui concerne le traitement du malade. Nous avons employé l'expression de soins spirituels; on ne dit pas d'un ministre de la religion qu'il *traite* son malade; le médecin donne ses soins au corps, le ministre les donne à l'âme. En quoi consiste

(1) Pothier, *Traité des donations*, n° 38, 7°.
(2) C'est l'opinion généralement suivie. Voyez les autorités dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 387, et dans Demolombe, t. XVIII, p. 543, n° 519. Comparez Bordeaux, 7 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 197), et Alger, 30 avril 1856 (Dalloz, 1859, 1, 81).
(3) Bruxelles, 1er juin 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 119).

ce traitement spirituel? C'est une question de fait plutôt que de droit; la décision est différente d'après les différents cultes. On peut seulement poser en principe qu'il doit y avoir traitement, c'est-à-dire des soins continus pendant le cours de la maladie, car ce n'est que par cette action continue que le ministre du culte acquiert l'empire que la loi redoute. L'application est une question de circonstances. La cour de Grenoble a décidé que l'article 909 ne peut s'appliquer qu'aux ministres du culte qui ont dirigé la conscience du testateur dans sa dernière maladie et au tribunal de la pénitence. Dans l'espèce, le prêtre s'était borné à administrer l'extrême-onction, ce qui, dit l'arrêt, ne suffit point pour caractériser l'empire sur l'esprit du malade. La cour de cassation confirma cette décision, mais en corrigeant ce qu'elle avait de trop absolu; on aurait pu en conclure que l'incapacité ne frappe que les confesseurs, ce qui serait contraire au texte comme à l'esprit de la loi. L'arrêt de la cour suprême dit que l'incapacité résultant de l'article 909 n'est pas absolue, qu'elle ne s'applique qu'aux ministres « qui ont rempli les fonctions de leur culte auprès du testateur (1). » Cela est vague, mais il est impossible de préciser. Il est certain que l'incapacité frappe non-seulement les confesseurs, mais aussi les directeurs; Pothier les met sur la même ligne, et leur influence est également dangereuse. C'est, après cela, au juge à appliquer la loi avec intelligence; il a une latitude plus grande pour les ministres du culte que pour les médecins, parce qu'il est plus facile de constater un traitement médical qu'un traitement spirituel; le juge admettra ce traitement de l'âme, en tenant compte des circonstances de la cause, et surtout de la différence de religion. Bien qu'en droit le pasteur soit assimilé au prêtre catholique, il y a un abîme entre eux quant à l'influence qu'ils exercent; quand il s'agira de caractériser le traitement, le juge devra prendre cette différence en considération.

La jurisprudence est conforme à ces principes. Il a été jugé qu'un rabbin, bien qu'en droit il soit incapable, était

(1) Rejet, 18 mai 1807 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 384).

capable en fait, parce qu'il n'avait pas exercé des fonctions de son ministère qui fussent de nature à influer sur l'esprit du testateur (1). La cour de Bordeaux a décidé qu'un ministre protestant n'est pas incapable, par cela seul qu'il a donné des consolations et des exhortations religieuses au malade, son vieil ami; elle a subordonné l'incapacité à une preuve assez rigoureuse en jugeant que le demandeur en nullité devait prouver que le pasteur, en sa qualité de ministre du culte, avait seul assisté le testateur dans la maladie dont il est mort, lui avait seul donné les secours spirituels, et avait seul dirigé sa conscience jusqu'à son décès (2).

Quant aux ministres du culte catholique, il a été jugé que l'absolution et l'extrême-onction ne constituent pas par elles seules ce que la loi appelle un traitement (3). Par contre, l'incapacité peut frapper celui qui n'a pas confessé le malade, si, du reste, il est constant qu'il lui a donné les soins de son ministère, les visites, exhortations et consolations constituant précisément le traitement dont la loi se défie.

338 *bis*. La présomption de captation sur laquelle se fonde l'incapacité des ministres du culte est absolue à leur égard, comme elle l'est à l'égard des médecins, en ce sens que la preuve contraire n'est pas admise (4). On a essayé de combattre cette doctrine dans le procès Lacordaire; il est certain que Lacordaire, par la supériorité de son esprit, était à l'abri de la captation que la loi présume, et qu'elle a voulu atteindre par une règle inflexible; mais elle ne permet pas de s'écarter de la prohibition, qui est absolue; l'arrêt de la cour de Toulouse dit qu'il est inutile d'entrer dans cet examen, puisque la loi ne l'autorise pas (5). Mais la prohibition reçoit les mêmes exceptions que celles qui sont écrites dans l'article 909, à l'égard des médecins.

(1) Alger, 30 avril 1856 (Dalloz, 1859, 1, 82).
(2) Bordeaux, 7 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 197).
(3) Bourges, 4 mars 1807. Comparez Paris, 3 juillet 1813 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nos 387 et 386, 2o).
(4) Bordeaux, 7 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 196).
(5) Toulouse, 12 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 9).

N° 2. DES OFFICIERS MARITIMES.

359. Aux termes de l'article 997, le testament fait sur mer ne peut contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur. Cette incapacité est fondée sur des raisons analogues à celles qui ont motivé les incapacités des articles 907 et 909. Il est à craindre, dit Furgole, que les officiers du vaisseau n'abusent du pouvoir absolu qu'ils ont pour extorquer des libéralités de ceux qui décéderaient pendant le voyage. Voilà pourquoi l'incapacité est limitée au temps du voyage ; elle cesse avec le pouvoir absolu qui l'a motivée. L'exception établie en faveur des parents est analogue à celles qui sont consacrées par les articles 907 et 909, seulement elle est plus étendue, puisqu'elle comprend tous les parents du testateur : on suppose, dit Furgole, que la disposition a été faite par des motifs d'amour et d'inclination naturelle, et non par des motifs de crainte et de soumission servile (1).

§ IV. *Des enfants naturels.*

N° 1. DES ENFANTS NATURELS ORDINAIRES.

360. Aux termes de l'article 908, les enfants naturels ne peuvent, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*. L'Exposé des motifs dit que c'est pour honorer et pour encourager les mariages que les enfants naturels ne doivent pas avoir les mêmes prérogatives que les enfants légitimes (2). Nous concevons que, pour honorer le mariage et protéger les mœurs, la *loi* établisse une différence entre les droits qu'elle accorde aux enfants légitimes et aux enfants naturels ; mais nous ne voyons pas pourquoi la succession légitime doive être la règle de la succession testamentaire ou contractuelle. Quand le

(1) Furgole, question XXXVI, sur les *Donations*, n°s 27 et 28 (t. VI, p. 311).
(2) Bigot-Préameneu, Discours, n° 15 (Locré, t. V, p. 346).

père dispose par donation ou par testament, au profit de son enfant naturel, celui-ci n'est plus avantagé, à titre d'enfant naturel, au préjudice des héritiers légitimes; il est donataire ou légataire, comme le serait un étranger, non en vertu de la loi, mais en vertu de la disposition de l'homme. On dit que le législateur doit empêcher que la barrière qu'il a établie entre les enfants naturels et les enfants légitimes ne soit détruite par l'affection désordonnée des pères et mères (1). Quand le défunt laisse des enfants légitimes et des enfants naturels, nous comprenons encore que la loi intervienne en faveur des enfants légitimes, puisque l'honneur du mariage est en cause; mais lorsque l'enfant naturel concourt avec des collatéraux, le père pourrait donner tous ses biens à des étrangers : pourquoi lui defendre de les donner à ses enfants naturels? Pourquoi flétrir l'affection du père pour ses enfants? pourquoi l'appeler désordonnée? Le père aime ses enfants, non parce que ce sont des enfants naturels, mais parce que ce sont ses enfants. A notre avis, le législateur s'est montré trop sévère.

361. En quel sens les enfants naturels sont-ils incapables? Leur incapacité n'est pas absolue; ils peuvent recevoir, par donation ou testament, jusqu'à concurrence de ce que la loi leur accorde au titre des *Successions;* ils ne deviennent incapables que lorsque cette quotité est dépassée. Pour savoir de quoi le père peut disposer au profit de son enfant naturel, il faut donc voir quelle est la part qu'il a dans la succession *ab intestat*. Cette part varie selon la qualité et parfois selon le nombre des héritiers avec lesquels l'enfant naturel concourt. C'est donc seulement au décès du père que l'on pourra déterminer la quotité de biens que le défunt a pu donner à son enfant. Il y a un cas dans lequel le père peut donner tous ses biens à son enfant; s'il ne laisse pas de parents au degré successible, l'enfant naturel a droit à la totalité des biens dans la succession *ab intestat*; par suite il pourra recevoir tous les biens par donation ou testament. Faut-il con-

(1) Toullier, t. III, 1, p. 72, n° 71.

clure de là que la prohibition de l'article 908 est une règle d'indisponibilité réelle plutôt que d'incapacité personnelle? Nous avons examiné la question en traitant des statuts réels et personnels (1). La loi elle-même l'a décidée, en plaçant l'article 908 au chapitre qui traite de la capacité de disposer et de recevoir. Sans doute, là où il y a incapacité de recevoir, il y a aussi prohibition de disposer des biens; mais il n'en résulte pas une indisponibilité, puisque le père est libre de disposer de ses biens au profit de toute autre personne; si donc il ne peut les donner à son enfant naturel, c'est à raison d'un motif qui est personnel à celui-ci.

362. Le principe établi par l'article 908 donne lieu à une difficulté dans l'application. Sur quels biens se calcule la part que le père peut donner à son enfant naturel? Le texte décide la question; la part que l'enfant peut recevoir est celle que la loi lui accorde *ab intestat;* or, celle-ci se calcule sur les biens qui composent la succession du père lors de son décès; donc il faut faire le même calcul pour déterminer la quotité qui peut être donnée ou léguée. Si la question se présentait dans cette simplicité, il ne vaudrait pas la peine de la poser. Voici la vraie difficulté : on demande si le père ne pourrait pas déclarer que les biens par lui donnés entre-vifs seront réunis fictivement aux biens existants dans sa succession, pour que la portion de l'enfant naturel soit calculée sur la masse totale, ce qui aurait pour résultat d'augmenter la part de l'enfant naturel? Ce résultat décide précisément la question contre l'enfant naturel, comme l'a très-bien jugé la cour d'Orléans (2); car ce serait lui donner plus que ce que la loi lui accorde, et c'est là ce que l'article 908 prohibe. C'est seulement quand la réserve de l'enfant naturel est entamée, qu'il peut, de même que l'enfant légitime, demander la réunion fictive des biens donnés ou légués aux biens qui se trouvent dans la succession *ab intestat*. Quand sa réserve est entière, il doit se contenter de la

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 176, nº 111. En sens contraire, Demolombe, t. XVIII, p. 582, nº 555.
(2) Orléans, 7 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 2, 32).

part que la loi lui donne dans la succession *ab intestat*, que le père lui ait ou non fait des libéralités. Lors donc qu'un père donne à son enfant tout ce dont la loi lui permet de disposer, on partage l'hérédité, comme s'il n'y avait pas de donation ni de testament, car le père ne peut, en disposant, excéder la portion de biens que la loi accorde à l'enfant naturel.

363. Du principe établi par l'article 908 suit encore que les donations faites à l'enfant naturel ne sont pas nulles; elles sont seulement réductibles, et la réduction ne peut être demandée par les parents légitimes qu'à la mort du donateur. En effet, ce n'est qu'à la mort que l'on peut savoir si la disposition est excessive, la quotité dépendant de la qualité et du nombre des héritiers avec lesquels l'enfant concourt. En faut-il conclure que la libéralité faite à l'enfant naturel est subordonnée à la condition qu'il vienne à la succession? Il en résulterait que la donation serait caduque si l'enfant donataire venait à prédécéder. Voilà une de ces questions que l'on aime à l'école et que la pratique ignore (1). Nous croyons inutile de la discuter, parce que la solution est évidente : peut-il y avoir une condition légale sans loi? et où est la loi qui subordonne à la condition de survie la donation faite à l'enfant naturel?

364. Il se présente une autre question qui est réellement douteuse. Aux termes de l'article 337, la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. Nous supposons qu'il y ait, à la mort du père, des enfants légitimes . il est certain que l'enfant naturel sera exclu de la succession *ab intestat*. Mais que faut-il décider si le père a fait une libéralité à l'enfant naturel? Sera-t-elle valable dans les limites du disponible? Il a été jugé que, dans l'espèce, l'enfant naturel est incapable de recevoir une libéralité prise sur le disponible; la cour de Poitiers en a conclu

(1) Demante, t. IV, p. 60, n° 28 *bis* III. Demolombe, t. XVIII, p. 584, n° 558.

que le legs particulier dont l'époux aurait grevé, au profit de son enfant naturel, le legs à titre universel fait à son conjoint, est nul (1). Cette décision est extrêmement rigoureuse. Nous admettons le principe, quelque sévère qu'il soit, lorsque l'enfant naturel est en conflit avec des enfants légitimes. En effet, ceux-ci sont appelés à toute l'hérédité; si l'enfant naturel prenait une partie des biens comme donataire ou légataire, il nuirait aux enfants nés du mariage; or, la loi dit qu'il ne peut pas leur nuire, ce qui décide la question. Vainement dit-on que le père aurait pu donner à un étranger les biens qu'il donne à son enfant naturel, puisqu'il les donne sur son disponible; la loi, dans sa rigueur, ne tient pas compte du droit que le père a de disposer de son disponible; il ne peut pas donner à son enfant naturel ce qu'il pourrait donner à un étranger. En principe, il ne peut donner à son enfant naturel que ce que la loi lui donne; or, dans le cas prévu par l'article 337, la loi ne lui donne rien; donc le père ne peut rien lui donner.

Mais la cour de Poitiers n'a-t-elle pas dépassé la rigueur de la loi, en décidant que l'époux qui institue son conjoint légataire universel ne peut plus faire de libéralité à son enfant naturel, à charge du legs universel? S'il n'y avait pas d'enfant né du mariage, nous croyons que le legs fait à l'enfant naturel serait valable. En effet, dans cette hypothèse, l'enfant se trouve en face du conjoint de son père; or, le conjoint, on le suppose, n'a d'autre droit que celui qu'il tient du legs universel, il n'est ni donataire, ni héritier; dès lors le legs fait à l'enfant naturel ne lui enlève aucun droit, il ne lui *nuit* pas, dans le sens de l'article 337, et partant la libéralité est valable; on n'est plus dans le cas exceptionnel de l'article 337, partant on rentre dans la règle des articles 857 et 908 (2). On répond que, dans l'espèce jugée par la cour de Poitiers, il y avait un enfant né du mariage; par conséquent l'enfant naturel était en conflit, non avec le conjoint, mais

(1) Poitiers, 4 mai 1858 (Dalloz, 1859, 2, 122).
(2) Demolombe, t. V, n° 476, et les autorités qu'il cite.

avec un enfant légitime appelé par la loi à recueillir l'hérédité; c'est le cas prévu par l'article 337; donc, dit-on, l'enfant naturel ne peut rien recevoir. Il y a cependant un motif de douter; l'enfant légitime était réduit à la réserve par le legs universel fait à sa mère; donc le legs fait à l'enfant naturel ne nuisait pas à l'enfant légitime, il nuisait au conjoint légataire universel; or, l'enfant naturel, en concours avec un conjoint qui n'est ni donataire ni héritier, peut recevoir. Légalement parlant, il ne *nuit* donc ni à l'enfant légitime, ni au conjoint; partant il n'est pas dans le cas prévu par l'article 337. Voilà ce que l'on peut dire en faveur de l'enfant naturel. Mais si l'on interprète ainsi l'article 337, il en résultera que l'enfant naturel pourra recevoir indirectement ce que la loi défend de lui donner directement. En effet, le père, dans l'espèce, pourrait disposer de la moitié de ses biens; il pourrait donc charger le légataire universel de donner à l'enfant naturel des biens équivalant à la part héréditaire que l'enfant naturel reçoit quand il est reconnu avant le mariage, c'est-à-dire que l'on élude l'article 337; par conséquent on nuit à l'enfant légitime. En définitive, la décision de la cour de Poitiers, quoique rigoureuse, est conforme à la rigueur de la loi.

365. L'article 908 est-il applicable aux enfants naturels non reconnus? Ainsi posée, la question doit être décidée négativement, sans doute aucun, par l'excellente raison qu'aux yeux de la loi il n'y a pas d'enfants naturels, quand ils ne sont pas reconnus, la reconnaissance étant la seule voie légale de constater la filiation des enfants nés hors mariage. Le projet de code civil, tel qu'il fut soumis officieusement au Tribunat, semblait dire le contraire; il était ainsi conçu : « Les enfants naturels, *même* légalement reconnus, etc. » On en aurait pu conclure qu'il y a des enfants naturels non légalement reconnus, c'est-à-dire que tout enfant naturel, reconnu ou non, est incapable de recevoir; ce qui était une vraie hérésie. La section de législation proposa la suppression du mot *même*. « Cette expression, dit-elle, ferait supposer deux sortes d'enfants naturels; il n'y en a cependant qu'une

seule, celle des enfants naturels légalement reconnus (1). » Les enfants naturels non reconnus, n'ayant pas de filiation, sont des étrangers à l'égard de leurs père et mère, donc capables de recevoir.

366. Les enfants naturels, déclarés incapables de recevoir par l'article 908, sont donc les enfants légalement reconnus. Il faut que la reconnaissance soit légale. Si les conditions requises pour l'existence de la reconnaissance ne sont pas remplies, la reconnaissance ne produit aucun effet; elle est, comme on dit, inexistante. Telle serait la reconnaissance faite par testament olographe (2). Il suit de là que cette reconnaissance n'empêcherait pas l'enfant naturel de recevoir de celui qui l'aurait illégalement reconnu. Cela n'est guère douteux. Mais la jurisprudence est divisée sur une question d'application. On suppose que, par un seul et même testament olographe, le père reconnaisse son enfant naturel, et l'institue légataire universel; le legs sera-t-il valable? La cour de Bruxelles s'est prononcée pour l'affirmative, et nous croyons qu'elle a bien jugé. Le testament était rédigé en termes assez peu convenables; le testateur disait : « J'institue pour héritier unique et universel F. N., m[illegible]nfant naturel, que j'ai retenu de T. N., ma maîtresse. » Les héritiers légitimes demandèrent la réduction du legs, en vertu de l'article 908. Leur demande fut repoussée. L'arrêt commence par établir ce principe incontestable, que le législateur, dans les dispositions relatives aux enfants naturels, ne s'occupe que des enfants naturels reconnus, soit pour leur accorder des droits, soit pour les frapper d'incapacité. Or, la reconnaissance faite par testament olographe est nulle; elle ne peut donc produire aucun effet, ni en faveur de l'enfant, ni contre lui. Conçoit-on que l'enfant soit considéré comme naturel pour le frapper d'incapacité, et qu'il ne soit point considéré comme tel pour lui donner les droits qui n'appartiennent qu'aux enfants naturels reconnus? Il serait donc tout ensemble enfant naturel et étran-

(1) Observations du Tribunat, nº 8 (Locré, t. V, p. 290).
(2) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 86, nº 52, et p. 96, nº 61.

ger à son père! Qu'importe que le père ait reconnu son enfant naturel par le testament qui l'institue légataire universel? La reconnaissance n'ayant aucun effet, ne saurait vicier le legs (1).

Postérieurement à cet arrêt, la même question s'est présentée devant la cour de cassation de France, qui l'a décidée en sens contraire. Elle admet que la reconnaissance est nulle; mais elle dit que la libéralité ayant pour cause déterminante et unique la conviction où a été le testateur, que la qualité de son fils naturel appartenait à la personne qu'il instituait légataire, qualité formellement constatée dans le testament, la cour d'appel avait fait une juste application de la loi, en réduisant le legs, conformément aux articles 757 et 908. La cour considère donc le legs universel comme nul, parce qu'il a pour unique cause la volonté d'enfreindre la loi; en le réduisant, on lui donnait le seul effet légal qu'il pouvait avoir, puisque la libéralité réduite cessait de reposer sur une volonté illicite (2). Nous croyons que la cour a fait la loi, au lieu de se borner à l'appliquer. Elle réduit la libéralité faite à un enfant naturel non reconnu légalement; cela est contraire à la disposition formelle de l'article 908. Pourquoi prononce-t-elle la réduction? Parce que le testateur avait la volonté d'enfreindre la loi en donnant à un enfant qu'il disait être son enfant naturel, la totalité de ses biens. Eh, qu'importe ce que le testateur dit? La question est de savoir si ce qu'il dit a un effet légal? Or, les principes ne laissent aucun doute sur ce point; la déclaration du père est inexistante; on doit donc la considérer comme non écrite. Reste le legs, fait à un enfant qui n'est pas légalement reconnu, legs par cela même parfaitement valable. Il y a plus : la cour de cassation crée une cause illicite, par voie de présomption. Qui lui dit que le père, en donnant à son enfant, veut enfreindre la loi? De deux

(1) Bruxelles, 24 décembre 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 225). Dans le même sens, Nîmes, 1er février 1843 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 539, 1°).

(2) Rejet de la chambre civile, du 7 décembre 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 404). Dans le même sens, Paris, 11 août 1866 (Dalloz, 1866, 2, 163).

choses l'une, ou le père sait que la reconnaissance faite par testament olographe est nulle, ou il l'ignore. Le sait-il, il donne à un enfant naturel non reconnu, tout en l'appelant son enfant naturel; car de reconnaissance directe il n'y en a point. L'ignore-t-il, on ne peut pas lui reprocher d'enfreindre une loi qu'il ne connaît point.

367. Autre est la question de savoir si les héritiers légitimes peuvent rechercher la filiation de l'enfant institué légataire universel, et qu'ils prétendent être l'enfant naturel du testateur. Elle est très-controversée ; nous l'avons examinée ailleurs (1).

368. Les descendants légitimes de l'enfant naturel qui viennent à la succession en cas de prédécès de leur père, sont-ils frappés de l'incapacité établie par l'article 908? Cette question divise les auteurs et la jurisprudence. La solution dépend avant tout de l'interprétation que l'on donne à l'article 759, disposition très-obscure. Nous avons enseigné que les descendants viennent par représentation : le texte de la loi le dit. « En cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfants ou descendants peuvent réclamer les droits fixés par les articles précédents. » Ce n'est donc pas un droit à eux propre que les descendants de l'enfant naturel exercent : c'est le droit qui aurait appartenu à l'enfant naturel s'il avait survécu, c'est-à-dire un droit de représentation (2). Dans cette opinion, il n'y a aucun doute; les descendants, venant en lieu et place de l'enfant naturel, ne peuvent pas recevoir plus que ce que leur auteur aurait pu recevoir; l'article 908 est donc applicable.

L'opinion contraire est généralement suivie; on admet que les descendants légitimes de l'enfant sont appelés de leur chef; il nous faut donc voir si, dans cette opinion, ils sont frappés de l'incapacité établie par l'article 908. La jurisprudence leur est généralement favorable; à notre avis, c'est la bonne opinion, au point de vue des textes et des principes. Aux termes de l'article 902,

(1) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 160, n° 107.
(2) Voyez le tome IX de mes [illegible] 150 n° 127.

toutes personnes peuvent recevoir à titre gratuit, excepté celles que la loi en déclare incapables. Il faut donc, pour qu'il y ait une incapacité, que la loi la prononce, et d'une manière formelle, car les incapacités sont de la plus stricte interprétation. C'est donc le texte qui décidera la question. Or, que dit l'article 908? Il déclare les enfants naturels incapables de rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*; et dans ce titre, la loi traite, dans des dispositions diverses, des enfants naturels d'abord, puis de leurs descendants. L'article 908 frappe d'incapacité les enfants naturels; il ne mentionne pas leurs descendants; cela est décisif; les descendants restent capables par cela seul qu'ils ne sont pas déclarés incapables (1). Vainement objecte-t-on que le mot *enfants* comprend les enfants du premier degré et ceux des degrés ultérieurs, qu'il en est ainsi surtout dans le cas prévu par l'article 908, puisqu'il renvoie à un titre et à une matière où les descendants sont mis sur la même ligne que l'enfant du premier degré; les textes que l'on invoque témoignent contre l'opinion qui s'y appuie (2). Il a fallu une disposition formelle pour donner aux descendants de l'enfant naturel le droit que leur accorde l'article 759; il faudrait aussi une disposition formelle pour les frapper d'incapacité, et cette disposition n'existe point. On établit, en définitive, une incapacité, par voie d'argumentation, de renvoi à d'autres dispositions; cela est inadmissible.

Il y a une hypothèse sur laquelle tout le monde est d'accord. Si la libéralité est faite aux descendants par donation entre-vifs, alors que leur père vit encore, ils sont considérés, en vertu de l'article 911, comme personnes interposées, et par suite la libéralité faite en leur faveur tombe sous l'application de cet article, qui frappe de nul-

(1) Rejet de la chambre civile du 13 avril 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 407). Dans le même sens, Colmar, 31 mai 1825 (*ibid.*) et Montpellier, 28 janvier 1864 (Dalloz, 1865. 2, 58) Aubry et Rau, t. V, p. 439, n° 46 du § 649; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 41, note 23.

(2) Gand, 19 avril 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 35) et Paris, 26 décembre 1828 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 406). Demolombe, t. XIV, p. 147, n° 95, et t. XVIII, p. 586, n° 561.

lité les dispositions au profit des enfants et descendants d'un incapable. Nous dirons plus loin en quel sens il y a nullité.

369. Les enfants naturels peuvent-ils recevoir des ascendants et collatéraux de leurs père et mère? On admet généralement l'affirmative; à notre avis, la question n'est pas même douteuse (1). La reconnaissance d'un enfant naturel n'établit de lien de parenté qu'entre lui et ceux qui le reconnaissent; il n'a pas d'autre famille; à l'égard des ascendants et des collatéraux de ses père et mère, il est sur la même ligne qu'un étranger, donc il est capable de recevoir. Il y a un arrêt en sens contraire qui invoque le texte absolu de l'article 908 (2) : la loi ne dit pas que les enfants naturels ne pourront rien recevoir de leurs père et mère, elle dit qu'ils ne peuvent *rien recevoir* au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions;* or, l'article 756 ne leur accorde aucun droit à l'égard des parents de leurs père et mère; donc l'article 908 défend aux parents de leur faire une libéralité quelconque. L'interprétation que la cour de Besançon a donnée à l'article 908 est si évidemment erronée, qu'il est presque inutile de la combattre. Quel est le but de l'article 908? L'Exposé des motifs le dit : c'est d'empêcher les père et mère de donner à l'enfant naturel plus qu'il ne peut recevoir en vertu de l'article 757. Quant aux parents des père et mère, peut-il être question de les empêcher de donner à l'enfant naturel plus que ce que la loi lui accorde dans leur succession, alors que la loi ne leur accorde rien?

370. Quand les père et mère ne laissent pas d'héritiers légitimes, l'enfant naturel a droit à la totalité des biens (art. 758); ce qui exclut l'application de l'article 908, car cet article suppose que les père et mère dépassent la quotité que la loi accorde à l'enfant quand il est en concours avec des héritiers légitimes. Qui aurait le droit de réclamer contre la disposition universelle faite à l'enfant? Les successeurs irréguliers? Ils ne viennent qu'à défaut

(1) Rouen, 10 mars 1851 (Dalloz, 1851, 2, 216), et les autorités citées par Demolombe, t. XVIII, p. 86, n° 562.

(2) Besançon, 25 juin 1808 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 405).

d'enfants naturels. Les enfants naturels, si l'un d'eux était donataire? Tout ce qu'ils pourraient demander, c'est le rapport, ou la réduction, si la donation était faite par préciput. Ce n'est pas dans leur intérêt que l'article 908 déclare l'enfant naturel incapable. C'est encore une de ces questions que la pratique ignore, et que l'on ne discute qu'à l'école, où l'on a tort de les discuter (1).

N° 2. DES ENFANTS INCESTUEUX OU ADULTÉRINS

371. L'article 908 est-il applicable aux enfants adultérins et incestueux? C'est l'opinion générale, et elle n'est pas douteuse. La loi parle des enfants naturels; or, les enfants adultérins et incestueux sont compris dans cette expression. Elle ajoute qu'ils ne peuvent recevoir, par donation ou testament, au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions;* or, dans ce titre, elle leur donne des aliments sur la succession de leurs père et mère; donc ceux-ci ne peuvent pas leur faire de libéralité qui excède les aliments.

Il suit de là que les libéralités faites aux enfants adultérins et incestueux ne sont pas nulles; elles sont seulement réductibles. Cela résulte du texte de la loi. Aux termes de l'article 763, les aliments sont réglés eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes; or, ce n'est qu'au décès des père et mère que l'on saura la qualité de leurs héritiers et leur nombre; ce n'est donc qu'à ce moment que l'on pourra fixer définitivement le chiffre de la pension alimentaire (2).

372. L'application de ces principes donne lieu à bien des difficultés. Comment les enfants adultérins et incestueux réclameront-ils les aliments auxquels ils ont droit, alors que la loi prohibe leur reconnaissance? Le rapporteur du Tribunat répond : « Quant aux adultérins et

(1) Demante, t. IV, p. 61, n° 28 *bis* V; Demolombe, t. XVIII, p. 587, n° 563.
(2) Demante, t. IV, p. 59, n° 28 *bis* II; Demolombe, t. XVIII, p. 583, n° 556.

incestueux, dans les cas rares et extraordinaires où il pourra s'en découvrir, par suite, ou de la nullité d'un mariage, ou d'un désaveu de la paternité, ou d'une reconnaissance illégale, ils ne pourront non plus recevoir que des aliments (1). » Si une libéralité est faite à l'un de ces êtres malheureux, qui n'ont ni père ni mère aux yeux de la loi, et si elle excède le montant d'une pension alimentaire, les héritiers légitimes seront-ils admis à prouver la filiation adultérine ou incestueuse de l'enfant donataire ou légataire? La reconnaissance volontaire de l'enfant adultérin ou incestueux peut-elle être invoquée contre lui pour réduire les libéralités qui lui ont été faites? Que faut-il décider si la libéralité et la reconnaissance se trouvent dans un seul et même acte? Nous avons examiné ces questions ailleurs (2); nous n'ajouterons qu'un mot sur la dernière. Au titre de la *Paternité*, nous avons enseigné que la libéralité faite à un enfant adultérin ou incestueux est nulle lorsqu'elle se trouve dans un même acte avec la reconnaissance; tandis que nous venons de dire que la libéralité faite à un enfant naturel est valable quoique faite dans un testament olographe qui reconnaît l'enfant (n° 366). Cela n'est-il pas contradictoire? Non; si la reconnaissance d'un enfant naturel dans un testament olographe n'empêche pas le legs universel d'être valable, c'est que cette reconnaissance est inexistante et considérée comme non avenue; tandis que nous avons admis que la reconnaissance d'un enfant adultérin et incestueux, bien que prohibée, n'est pas inexistante, qu'elle donne à l'enfant droit aux aliments; par suite on peut s'en prévaloir contre lui pour faire réduire les libéralités excessives qui lui ont été faites.

SECTION III. — A quelle époque doit exister la capacité de disposer et de recevoir.

373. Le code ne s'occupe pas spécialement de cette question; il faut donc la décider d'après les principes gé-

(1) Jaubert, Rapport, n° 16 (Locré, t. V, p. 346).
(2) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 223, n° 154; p. 226, n° 157; p. 228, n° 158.

néraux que la loi établit. On distingue d'abord entre les donations et les testaments; la distinction résulte de la nature des choses, et la loi la consacre (art. 906). La donation étant un contrat, la capacité des parties contractantes doit exister lorsque le contrat se parfait. Tandis que le testament est une manifestation de volonté unilatérale; le donateur et le donataire parlent au contrat; le testateur seul parle dans le testament, le légataire y est étranger; il suffit donc que le testateur soit capable lors du testament; il n'est pas nécessaire que le légataire le soit, mais il doit l'être au décès. Il y a néanmoins un principe qui est commun aux donations et aux testaments, et qui joue un grand rôle dans notre question : la donation est un contrat solennel, et le testament est un acte solennel. Ce qui caractérise les contrats solennels, c'est que le consentement doit se manifester dans les formes prescrites par la loi, sinon il n'existe pas, et par suite le contrat même est inexistant; or, la capacité des parties a un lien intime avec le consentement, en ce sens que le donateur doit être capable de disposer et le donataire capable de recevoir; de là la conséquence que la capacité des parties doit exister au moment où elles manifestent leur volonté de donner ou de recevoir. Le testament est aussi un acte solennel; il ne suffit pas de la volonté de disposer, il faut que cette volonté se manifeste dans les formes voulues par la loi. Il y a ceci de spécial dans le testament, c'est que le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus (art. 895), ce qui implique la persistance de la volonté du testateur à sa mort, et par suite sa capacité, car sa volonté de disposer ne produit d'effet que pour autant qu'il soit capable. Ce principe n'est applicable qu'au testateur. Quant au légataire, il ne manifeste pas de volonté au moment du testament; ce n'est qu'au décès du testateur qu'il est appelé à recevoir et à exprimer la volonté d'accepter la libéralité.

Il y a une autre distinction qui a de l'importance en cette matière. Toutes les conditions de capacité ne sont pas de même nature. La loi elle-même les distingue. Il paraît singulier d'abord que le chapitre II, qui traite de la

capacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit, commence par dire qu'il faut être sain d'esprit pour faire une donation entre-vifs ou un testament; qu'ensuite il pose le principe que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception, et qu'après cela il énumère les personnes incapables de disposer et de recevoir. N'eût-il pas été plus logique de commencer par le principe de l'article 902 et de placer l'article 901 en tête des articles qui concernent l'incapacité? Nous répondons que l'incapacité établie par l'article 901 n'est pas une vraie incapacité, c'est un simple obstacle de fait qui empêche momentanément de manifester une volonté quelconque; tandis que l'incapacité implique un obstacle de droit qui a pour effet qu'une personne, capable en général, devient incapable; donc les véritables incapacités sont les incapacités de droit. Ainsi le mineur est incapable de droit, quand même de fait il aurait la capacité de vouloir. L'incapacité de l'article 901 est une incapacité de fait; on ne peut pas dire que l'homme qui a la fièvre, le délire, soit incapable, il est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté tant que la fièvre et le délire durent; il reste capable de droit malgré cette incapacité de fait.

Les incapacités de droit, d'après le code Napoléon, étaient absolues ou relatives. Il y avait deux incapacités absolues : celle du mort civilement et celle de l'étranger; l'interdiction légale, suite de certaines condamnations criminelles, pouvait aussi être rangée dans cette classe d'incapacités. Ces incapacités n'existent plus; la mort civile et l'interdiction légale sont abolies, ainsi que l'incapacité qui frappait l'étranger (1). Les autres incapacités ne sont que temporaires ou relatives. Celle du mineur cesse partiellement à seize ans, et tout à fait à sa majorité. Celle de la femme mariée cesse avec le mariage d'où elle résulte. La non-existence même n'est qu'une incapacité temporaire, puisque la question ne se présente que pour les enfants qui sont conçus postérieurement à la donation ou au testament, ainsi que pour les personnes morales dont

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, nos 403 et 404, p. 509, et plus haut, no 156.

l'existence est reconnue après qu'une libéralité a été faite à leur pofit. L'enfant naturel n'est incapable qu'au delà d'une certaine limite; les pupilles et les malades sont incapables à l'égard des tuteurs et des médecins; à l'égard de toutes autres personnes, ils restent capables.

Nous allons voir quelle influence ces distinctions exercent sur la capacité requise pour disposer ou pour recevoir à titre gratuit.

§ Ier. *De la donation.*

374. Pothier pose le principe avec sa netteté habituelle. « Les donations entre-vifs, dit-il, recevant leur perfection dans le temps du contrat, il s'ensuit que c'est en ce temps qu'est nécessaire la capacité de donner dans la personne du donateur, et la capacité de recevoir dans celle du donataire (1). » Il faut ajouter que la donation est un contrat solennel. La différence est grande entre les contrats solennels et les contrats non solennels. Dans ceux-ci, le consentement n'est soumis à aucune forme; le contrat se parfait au moment où les volontés des parties concourent; c'est donc à ce moment que la capacité de consentir doit exister. Dans les contrats solennels, le consentement doit être exprimé dans certaines formes qui toutes sont substantielles; il faut donc, lorsqu'elles s'accomplissent, que le donateur et le donataire soient capables, l'un de disposer, l'autre de recevoir. Reste à déterminer quelles sont ces formes et, par suite, à quelle époque la capacité doit exister. Il faut distinguer si le donataire est présent lorsque l'acte de donation se passe, ou s'il n'est pas présent.

374 *bis*. Quand le donateur et le donataire sont présents, la donation se parfait immédiatement par le concours de volontés des parties, l'offre du donateur et l'acceptation expresse du donataire; c'est à ce moment que l'un et l'autre doivent être capables. Cela ne fait aucun doute quant à la capacité de droit, la vraie capacité. Quant à

(1) Pothier, *Traité des donations entre-vifs*, n° 41.

la capacité de fait, qui consiste à être sain d'esprit, le donateur doit l'avoir, puisqu'il dispose et aliène; le donataire peut, à la rigueur, ne pas être sain d'esprit; on peut donner à une personne interdite représentée par son tuteur : c'est l'application du droit commun concernant les incapables.

Si le donateur ou le donataire étaient incapables au moment de la donation, la donation serait nulle, quand même les parties deviendraient ensuite capables. Si, dit Pothier, j'ai donné à une personne à qui les lois défendaient de donner pour lors, quoique l'empêchement ait cessé, et que, depuis que l'empêchement a cessé, j'aie ratifié la donation, elle ne sera pas valable, parce que ce qui est nul ne peut être confirmé par une ratification (1). En quel sens Pothier dit-il que la donation *nulle* ne peut être confirmée? L'article 1339 établit le même principe. « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » C'est une conséquence de la solennité du contrat de donation. Il est certain que les contrats non solennels peuvent être confirmés quand ils sont nuls; la confirmation efface le vice qui les infecte, et les rend parfaitement valables, comme s'ils n'avaient jamais été viciés. Mais quand un contrat solennel est nul en la forme, il est plus que nul, il est inexistant, et le néant ne saurait être confirmé. Telle est la donation quand le donataire est incapable de recevoir; vainement consentirait-il, il ne peut pas consentir; vainement confirmerait-il, il ne peut confirmer un acte qui n'existe pas aux yeux de la loi. Nous avons appliqué ce principe aux personnes morales; elles ne peuvent recevoir tant qu'elles ne sont pas reconnues, car la reconnaissance seule leur donne l'existence fictive qui leur permet de recevoir des libéralités. Aucune confirmation ne peut valider le néant (n° 192).

Les auteurs remarquent que la condition n'exerce aucune influence sur l'époque à laquelle la capacité des

(1) Pothier, *Traité des donations entre-vifs*, n° 43.

parties doit exister, dans notre hypothèse. Cela est évident pour tout contrat; car, quoique la condition suspende les effets légaux du contrat, il se parfait néanmoins au moment où les parties traitent conditionnellement, en ce sens que le contrat existe, non du jour où la condition s'accomplit, mais du jour où le concours de consentement est intervenu; or, les parties consentent au moment où elles traitent, et non au moment où la condition se réalise (1).

375. La donation peut se faire, comme tout contrat, par l'offre du donateur, suivie de l'acceptation postérieure du donataire. Il n'y a que cette différence, résultant de la solennité de la donation, que celle-ci exige une offre solennelle et une acceptation solennelle; du reste, on applique les principes généraux qui régissent les contrats. Mais ces principes mêmes sont controversés. Un premier point est hors de doute. Le donateur doit être capable au moment où l'acte se passe, puisqu'il y fait l'offre de se dépouiller actuellement et irrévocablement de la chose donnée. Il doit encore être capable au moment où le donataire accepte; jusque-là la donation n'est qu'une offre qui n'engage pas le donateur, le contrat ne se parfait que lors de l'acceptation; or, pour qu'il y ait concours de volontés, il faut que ceux qui les manifestent soient capables. Si donc le donateur, capable au moment où l'acte se passe, était incapable lors de l'acceptation du donataire, il n'y aurait pas de donation, parce qu'il n'y aurait pas de concours de consentement, sans lequel il ne saurait y avoir de contrat. Cela est vrai de l'incapacité de droit et de l'incapacité de fait, parce que le donateur doit avoir l'une et l'autre capacité. Je fais une donation au profit de mon médecin; il accepte postérieurement pendant le cours de la maladie dont je meurs; la donation est-elle valable? Non, car je suis incapable au moment de l'acceptation, et c'est à ce moment que la donation se forme. Vainement dirait-on que le motif qui a fait établir cette incapacité n'existe pas dans l'espèce; il ne peut pas y avoir de pré-

(1) Demante, dans *la Thémis*, t. VII (édition de Bruxelles, p. 403).

somption de captation, puisque j'ai passé l'acte de donation avant ma dernière maladie. En fait, cela peut être vrai; en droit, il faut décider que mon consentement doit être donné lors de l'acceptation du médecin donataire; or, ce consentement, je suis incapable de le donner; légalement, il est présumé l'effet de la captation, donc il y a incapacité, et partant nullité (1).

Il en serait de même s'il y avait incapacité de fait. Le donateur, sain d'esprit au moment de l'acte, est interdit lors de l'acceptation du donataire; la donation sera nulle, pour mieux dire non existante, parce qu'elle ne peut pas se former, le concours de volontés étant devenu impossible. En vain dirait-on que le donateur est censé persévérer dans sa volonté après son interdiction, puisqu'il n'a pas retiré son offre; nous répondons que la donation, exigeant le concours de volontés, ne peut se former si l'une des parties n'est pas en état de vouloir.

Voilà pourquoi l'article 932 dit que l'acceptation doit se faire du vivant du donateur; après la mort du donateur, le concours de volontés devient impossible, et par suite le contrat; car, dit Pothier, on ne peut plus rien faire après qu'on est mort (2).

376. Quant au donataire, il va sans dire qu'il doit être capable au moment où il accepte, puisque c'est alors que le contrat se forme. Doit-il aussi être capable lorsque l'acte est passé? Il ne s'agit que de la capacité de droit, puisque le donataire, quoique n'étant pas sain d'esprit, peut recevoir par son représentant légal. Nous croyons que le donataire doit être capable lors de l'acte. Il est vrai qu'il n'a point de volonté à manifester à cette époque, et on en conclut que son incapacité est indifférente. Nous répondons que la donation étant un contrat, la capacité des parties doit exister lorsque le consentement se forme; or, quand le donataire n'est pas présent, le consentement se forme à deux époques, celle de l'acte et celle de l'acceptation; en ce sens qu'à ces deux époques le donateur

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 191, nº 10 de l'article 932.
(2) Pothier, *Traité des donations entre-vifs*, nºˢ 55 et 54. Coin-Delisle, p. 190, nºˢ 7 et 8 de l'article 932. Demante, dans *la Thémis* (t. VII, p. 404).

doit être capable, donc le donataire doit aussi l'être. Cela est encore fondé en raison. Le donateur, en passant l'acte, fait une offre; conçoit-on qu'il fasse une offre à une personne incapable de l'accepter? Et si l'offre n'est pas valable, l'acceptation ne peut l'être, il n'y a pas de concours de volontés, donc pas de contrat. Il y a cependant un motif de douter. L'article 907 dit que, pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Quel est le sens de cette disposition? On peut dire, et c'est notre avis, que l'article 907 est une application du principe que nous venons de poser. Il en résulte, en effet, qu'il faut exister lors de l'acte; pourquoi cette condition serait-elle exigée si la capacité du donataire n'était prescrite qu'au moment de l'acceptation? Si la loi veut que le donataire existe lorsque l'acte est passé, il en faut conclure qu'il doit être capable à cette époque. A cela on objecte que dans le projet de code civil l'article 907 présentait ce sens : il portait que, pour être capable de recevoir par donation entre-vifs, « *il faut* être conçu au moment de la donation. » C'est le Tribunat qui proposa la rédaction actuelle, et pour quel motif? « C'est une exception, dit-il, qu'il s'agit d'établir à une règle générale (1). » Quelle est la règle générale à laquelle le Tribunat fait allusion? On prétend qu'il est de principe que la capacité du donataire ne doit pas exister lors de l'acte, et que c'est à cette règle que l'article 907 déroge. Cela nous paraît bien divinatoire. Quel est l'article du code qui établit cette prétendue règle que le donataire ne doit pas être capable au moment où l'acte se passe? On ne la trouve pas dans le texte, et il n'en est pas dit un mot dans les travaux préparatoires. On voit au contraire, par le rapport de Jaubert, que l'exception porte uniquement sur la conception : d'après la rigueur du droit, il faudrait être né lors de l'acte; en vertu de l'exception, il suffit d'être conçu. Tel est le sens naturel de l'article 907; pour lui en donner un autre, il faudrait une déclaration formelle de la volonté du législateur (2). Il y a un arrêt de

(1) Observations du Tribunat, n° 6 (Locré, t. V, p. 290).
(2) Jaubert, Rapport, n° 14 (Locré, t. V, p. 346).

la cour de cassation en ce sens (1); l'opinion contraire est plus généralement suivie (2).

377. On discute à l'école la question de savoir si la capacité du donateur et partant celle du donataire doivent exister durant l'époque intermédiaire qui s'écoule entre l'acte passé devant notaire et l'acceptation du donataire. Demante dit non, M. Demolombe dit oui. Nous n'hésitons pas à adopter cette dernière opinion. C'est la conséquence évidente des principes que nous venons de poser. L'offre du donateur est un des éléments essentiels du concours de volontés qui constitue le contrat de donation; il faut que l'offre subsiste au moment où l'acceptation intervient. Or, l'offre s'évanouit si celui qui l'a faite devient incapable de persévérer dans sa volonté, de même que si le donataire devient incapable de recevoir l'offre. Cela décide la question (3).

378. Aux termes de l'article 932, la donation n'a d'effet à l'égard du donateur que du jour où l'acte qui constatera l'acceptation lui aura été notifié. Faut-il que les parties soient capables lors de cette notification? La question est très-controversée; et comme la solution dépend du point de savoir ce que c'est que la notification et quels en sont les effets, nous l'ajournons au chapitre des *Donations*.

§ II. *Du testament.*

379. Le testateur doit être capable au moment où il teste; c'est à ce moment qu'il manifeste sa volonté, il doit donc avoir le droit de vouloir, et il doit être sain d'esprit, car l'insanité l'empêcherait de vouloir. Alors même que le testateur, incapable lors du testament, deviendrait capable de droit et de fait lors de son décès, le testament serait nul. Il est inutile, pour le décider ainsi, de recourir à la règle catonienne et de citer des textes romains, les plus

(1) Rejet, 8 ventôse an XIII (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 486). Aubry et Rau, t. V, p. 452, note 2 du § 650.

(2) Demante, dans *la Thémis* (t. VII, p. 405), et les auteurs cités par Dalloz, n° 486.

(3) Demolombe, t. XVIII, p. 714, n° 701. Demante, t. IV, p. 170, n° 71 *bis* VII.

simples notions de droit et le bon sens suffisent. Qu'est-ce que le testament? Un acte, dit l'article 895, par lequel le testateur dispose de tout ou partie de ses biens. Pour disposer de ses biens par testament, il faut avoir le droit de disposer à titre gratuit et être en état de manifester sa volonté. Si donc le testateur est incapable de droit et de fait quand il rédige son testament, il fait un acte nul. Vainement dirait-on que le testateur ne dispose pas actuellement, qu'il dispose pour le temps où il n'existera plus, qu'il suffit donc qu'il soit capable à son décès : la réponse est facile et péremptoire. Le testament produit son effet à la mort, parce que le testateur a persévéré dans sa volonté; donc le testament n'est autre chose que la volonté exprimée lors de l'acte, et continuée jusqu'à la mort; or, pour que la volonté continue, il faut qu'elle existe, il faut donc qu'elle ait été valable dans son principe ; donc, nulle dans son principe, elle restera nulle. De là suit que si un mineur, âgé de moins de seize ans, teste, et s'il meurt en majorité, le testament sera nul. Il sera encore nul si, lors de l'acte, le testateur n'était pas sain d'esprit, bien que, lors de son décès, il soit capable de volonté. Tout le monde est d'accord sur ces points (1).

380. Le testateur doit être capable de droit, mais non de fait, à sa mort. Qu'il doive l'être de droit, l'article 25 du code Napoléon le dit. « Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait; sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament. Il ne peut disposer de ses biens, soit par donation entre-vifs, soit par testament. » Privé de la jouissance de ses droits civils, le mort civilement est frappé d'une incapacité absolue; il ne peut donc pas tester. Mais l'incapacité de fait qui surviendrait après la confection du testament n'empêcherait pas le testament d'être valable : de sorte que si le testateur était interdit, le testament produirait néanmoins ses effets. Cela a toujours été admis, mais quelle en

(1) Coin-Delisle, p. 88, n° 3 de l'article 902; Demolombe, t. XVIII, p. 720, n°s 710 et 711 et les autorités qu'il cite.

est la raison? Pothier dit que la capacité de fait n'est requise que pour la valable confection du testament, au lieu que l'état civil est requis, non-seulement pour pouvoir faire un testament, mais pour avoir le droit de transmettre ses biens par testament; et comme c'est à sa mort que ce droit s'accomplit, il s'ensuit qu'il doit jouir de ce droit au temps de sa mort (1). Il nous semble que l'argumentation n'est pas tout à fait décisive. Le testament ne vaut à la mort du testateur que comme volonté continuée du défunt; peut-on dire qu'il continue de vouloir, alors qu'il n'est pas en état de vouloir? Domat répond, et c'est la seule réponse que l'on puisse faire à l'objection, « que les infirmités qui surviennent au testateur après son testament, et qui le rendent incapable d'en faire un nouveau, fixent sa volonté à l'état où elle s'est trouvée au dernier moment de l'usage qu'il en a pu faire (2). » En d'autres termes, le testament reste valable s'il n'est pas révoqué; or, le testateur interdit n'est plus capable de le révoquer; le testament est donc irrévocable et définitif, comme il le serait par sa mort. Que si l'on objecte que par la même raison l'incapacité de droit qui survient ne devrait pas nuire, on répond que la transmission des biens ne se fait qu'à la mort, ce qui implique que le testateur doit être capable à cette époque. En définitive, il nous semble que si l'on maintient le testament, malgré l'incapacité de fait du testateur à sa mort, c'est par faveur pour les testaments; dans la rigueur des principes, on devrait dire que la transmission des biens ne s'opérant qu'à la mort du testateur, il devrait être, à ce moment, capable de droit et de fait (3).

381. On admet aussi généralement que l'incapacité intermédiaire entre le testament et la mort ne nuit pas. N'est-ce pas une nouvelle faveur? Elle date du droit prétorien; or, le droit prétorien, en cette matière comme en tant d'autres, était une réaction de l'équité contre la rigueur du droit strict. A notre avis, il résulte de la nature

(1) Pothier, *Traité des donations testamentaires*, n° 128.
(2) Domat, *Lois civiles*, partie II, livre III, tit. I, sect. II, n° 16.
(3) Comparez Coin-Delisle, p. 89, n° 7 de l'article 902.

du testament que la capacité du testateur doit exister, et de droit et de fait, jusqu'à sa mort. Il dispose pour le temps où il n'existera plus; c'est donc par la volonté continuée depuis le moment où l'acte est passé jusqu'à la mort du testateur que le testament produit ses effets; or, la continuation de volonté exige le droit et la capacité de vouloir; dès qu'il survient une incapacité, la volonté est arrêtée dans son cours; c'est dire qu'elle n'existe plus; en réalité, c'est par une véritable fiction que les préteurs donnaient effet au testament. Cette fiction existe-t-elle encore dans notre droit moderne? D'après la rigueur des principes, il faut décider que la fiction n'existe plus : peut-il y avoir une fiction sans loi? peut-il y avoir une exception aux principes sans texte? Or, de texte il n'y en a pas. Dira-t-on que, dans le silence du code, il faut recourir à l'ancien droit? On a tort de citer l'ancien droit comme droit obligatoire, il n'existe plus à ce titre. Quand il y a une lacune dans le code, il faut la combler par l'application des principes généraux, et non en appliquant une législation qui est abrogée (1).

N° 2. DU LÉGATAIRE.

382. Le légataire doit-il être capable lors du testament? En droit romain, on admettait l'affirmative par application de la règle catonienne; on suivait aussi cette règle dans les pays de droit écrit. « La règle catonienne, dit Furgole, veut que le legs qui ne serait pas bon, si le testateur venait à décéder immédiatement après avoir testé, ne puisse pas être valide *tractu temporis*. Or, le legs fait à une personne incapable lors du testament serait nul si le testateur décédait alors; il demeure donc toujours nul à cause de l'incapacité du légataire, et par conséquent la capacité est requise au temps du testament(2). » Faut-il admettre le même principe dans notre droit moderne? Tous les auteurs se prononcent pour la négative,

(1) En sens contraire tous les auteurs et la jurisprudence. Voyez les témoignages dans Demolombe, t. XVIII, p. 722, n° 713.
(2) Furgole, *Des testaments*, chap. VI, n° 35 (t. I, p. 306).

et avec raison. La règle catonienne n'était pas suivie dans les pays de droit coutumier ; Pothier la traite de subtilité, Domat et Ricard la combattent (1) ; il eût donc fallu une disposition expresse pour faire de la règle romaine une règle de droit commun. Dans le silence du code, on ne pourrait l'admettre que si elle résultait des principes ; or, les vrais principes conduisent à une règle toute contraire. Pourquoi exige-t-on la capacité du légataire? Parce que pour recevoir il faut être capable. Or, quand le légataire reçoit-il? Lors du testament? Du tout; l'article 896 dit, au contraire, que le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus; lors du testament, la disposition ne produit donc aucun effet au profit du légataire : pourquoi exigerait-on qu'il soit capable de recevoir, alors qu'il ne reçoit rien? Il reçoit à la mort du testateur, il suffit donc qu'il soit capable à sa mort. L'article 906 confirme cette opinion ; il porte : « Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. » Certes la non-existence est la plus forte des incapacités ; cependant, aux termes de l'article 906, un non-être peut être institué légataire. A plus forte raison, les autres incapacités ne peuvent-elles pas nuire au légataire qui est capable lors du décès du testateur (2).

La cour de cassation a néanmoins décidé le contraire, en se fondant sur la règle catonienne. Elle pose en principe « que la capacité, soit pour donner, soit pour recevoir, doit exister et au moment de la confection du testament et au moment de l'ouverture de la succession (3). » Pas un mot pour motiver cette résurrection de la règle romaine : on dirait que nous sommes encore en pays de droit écrit. L'arrêt de la cour est, en effet, une de ces réminiscences comme on en trouve parfois dans ses déci-

(1) Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 41. Domat, *Des lois civiles*, partie II, liv. I, tit. I, sect. II, n° 31 note (p. 344). Ricard, *Des donations*, t. I, p. 209, n°s 829, 830 (1re partie, chap. III, section XVIII).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § III, n° 1 (t. XVI, p. 44). Toullier, t. III, 1, p. 57, n° 90. Grenier, t. I, p. 630, n° 140. Troplong, t. I, p. 154 (de l'édition belge), n°s 435 et 436. Aubry et Rau, t. V, p. 154, note 9 du § 650.

(3) Rejet, 27 novembre 1848 (Dalloz, 1848, 1, 225).

sions, sans doute quand les magistrats des pays de droit écrit se trouvent en majorité dans une chambre. Nous cherchons vainement un motif qui puisse justifier le prétendu principe formulé par la cour. Tout ce que l'on pourrait dire, c'est que le légataire doit être capable au moment du testament, par la raison pour laquelle le donataire doit être capable lors de l'acte de donation. L'argument serait très-mauvais; il n'y a aucune analogie, sous ce rapport, entre le testament et la donation. Celle-ci est un contrat, tandis que le testament est un acte unilatéral. Le donateur fait une offre au donataire; le testateur dresse un simple projet, l'offre qui en résulte ne s'adresse au légataire qu'à la mort du testateur, donc ce n'est qu'à la mort qu'il doit être capable de recevoir cette offre.

383. Il va sans dire que le légataire doit être capable au décès du testateur, puisque son droit s'ouvre à cette époque. Quand nous parlons de capacité de recevoir, nous entendons toujours la vraie capacité, celle du droit; peu importe que le légataire soit incapable de fait, son incapacité est suppléée par son représentant légal. Par application du principe, Pothier décide que le legs fait à une communauté, qui se trouve revêtue de lettres patentes au temps de la mort du testateur, est valable, quoiqu'elle ne les ait obtenues que depuis la confection du testament (1). Celà implique que si la communauté n'était pas reconnue lors de l'ouverture du testament, le legs serait caduc, comme étant fait à un non-être. La jurisprudence est en ce sens, comme nous l'avons dit plus haut (n° 192).

384. Que faut-il décider quand le legs est conditionnel? Les auteurs admettent généralement la doctrine du droit romain, qui n'exigeait la capacité que lors de l'accomplissement de la condition (2). On devrait se défier du droit romain quand il s'agit des testaments; il tenait à valider les actes de dernière volonté, parce que c'était presque un déshonneur que de mourir *ab intestat*. L'esprit de notre droit moderne n'est plus le même; si nous res-

(1) Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 41.
(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 334, et par Aubry et Rau, t. V, p. 455, note 10 du § 650.

pectons la volonté du testateur, nous respectons encore davantage la volonté de la loi. Quand on écarte la tradition romaine, la question est bien simple. Le testateur dispose pour le moment de sa mort, à cet instant la chose léguée passe de sa tête sur la tête du légataire; il faut donc qu'il soit capable à cette époque. On nous arrête, et l'on dit que la condition suspend l'existence du droit, qu'il n'existe réellement que lorsque la condition s'accomplit (art. 1040). Sans doute, mais cela n'empêche pas la propriété d'être transférée lors de la mort du testateur, car c'est le testateur qui transmet la propriété, et il ne peut la transmettre qu'à l'instant de son décès. La rétroactivité de la condition lève la contradiction apparente de ces propositions. Si la condition vient à défaillir, il n'y a jamais eu de legs; si elle se réalise, le legs aura existé dès l'ouverture de la succession; donc le légataire doit être capable à ce moment (1).

Depuis l'abolition des incapacités absolues, la question ne peut guère se présenter que pour les personnes morales qui ne sont pas reconnues lors de la mort du testateur : peuvent-elles recevoir avant qu'elles soient reconnues? Nous avons déjà décidé la question négativement (n° 192).

N° 3. APPLICATIONS.

385. Jadis les principes concernant l'époque à laquelle la capacité doit exister s'appliquaient surtout aux incapacités absolues. Il en résulte quelque hésitation dans la doctrine, quand il s'agit d'appliquer les principes aux incapacités relatives et quand il s'agit de motiver les décisions. A notre avis, les principes restent les mêmes, ainsi que les motifs de décider.

Il y a une hypothèse dans laquelle la décision n'est pas douteuse. Le père d'un enfant naturel lui lègue tous ses biens; puis il le légitime par mariage subséquent. Incapable lors du testament, le légataire est capable lors du

(1) Demante, t. IV, p. 83, n° 88 *bis*. Demolombe, t. XVIII, p. 768, n° 718.

décès. Pourra-t-il recueillir le legs? Tout le monde convient que le legs sera exécuté dans la limite du disponible, s'il y a d'autres enfants. On fonde cette décision sur le caractère de l'incapacité établie par l'article 908. C'est, dit-on, une règle d'indisponibilité plutôt que d'incapacité(1); donc le droit des parties intéressées doit être réglé lors du décès du testateur. Nous avons enseigné l'opinion contraire (n° 360). C'est bien une incapacité de recevoir que l'article 908 consacre. De là suit qu'il suffit que le légataire soit capable lors de l'ouverture de l'hérédité. Cela est aussi fondé en raison; car ce n'est qu'à cette époque que l'on peut déterminer la portion de biens dont le père a le droit de disposer au profit de l'enfant naturel.

386. La règle s'applique encore sans difficulté au mineur dans les cas prévus par les articles 903 et 904. Nous avons déjà dit que le legs fait par le mineur âgé de moins de seize ans reste nul, quand même le testateur décéderait en majorité. Par identité de raison, le legs qu'il ferait après l'âge de seize ans serait réduit à la moitié de ce dont il est permis à un majeur de disposer, quoique le mineur décède après sa majorité. Il s'agit ici d'une incapacité de droit frappant le testateur; or, le testateur doit être capable au moment où il teste. On a objecté que les articles 903 et 904 règlent une question de disponibilité et non de capacité; nous avons d'avance répondu à l'objection (n° 145).

Il y a une difficulté réelle quand le mineur dispose au profit d'un parent où d'un étranger non tuteur, et qu'ensuite le légataire devient le tuteur du mineur. Le legs sera-t-il valable? D'après les principes que nous venons de poser, il faut décider que le legs est nul. En effet, l'article 907 établit une incapacité de disposer; les termes de la loi sont formels, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Or, la capacité de disposer doit exister lors du testament et lors du décès. Donc, dans l'espèce, le testament ne peut pas valoir, parce que le testateur, capable lorsqu'il a testé, est incapable quand il décède. Cela est

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 732, n° 722. Aubry et Rau, t. V, p. 456, note 11 du § 650.

aussi fondé en raison : comme le dit très-bien Ricard, le testateur, dans l'espèce, était, à la vérité, en pleine liberté lorsqu'il a testé, mais il faut qu'il conserve sa liberté au temps de son décès, parce qu'il doit mourir dans une pleine liberté de pouvoir révoquer son testament. Telle était aussi l'opinion de Pothier (1).

Il y a cependant une grave objection. L'incapacité du malade a le même caractère que celle du mineur; néanmoins on décide, et nous avons enseigné, que la disposition faite par le malade au profit de son médecin est valable, quand elle est antérieure à sa dernière maladie (n° 342). D'après les principes, la disposition devrait être nulle, parce que le testateur, quoique capable lors du testament, était incapable lors de son décès. Comment expliquer cette contradiction? Elle résulte du texte de l'article 909, et elle ne s'explique que par la tradition. Dans l'ancien droit, l'incapacité du malade n'était pas prononcée par la loi, comme celle du mineur; elle était de fait plutôt que de droit. C'est la jurisprudence qui l'avait consacrée, en présumant la captation du légataire. On pouvait donc dire que le testateur, capable lors du testament, était frappé ensuite d'une incapacité de fait, laquelle ne nuit point. Mais aujourd'hui, l'incapacité du malade est devenue une incapacité de droit; l'incapacité ayant changé de nature, le législateur aurait dû changer de principe; il a maintenu la conséquence dérivant de l'ancienne doctrine, tout en modifiant la doctrine : c'est une inconséquence que l'interprète doit accepter, parce qu'elle est consacrée par la loi (2).

387. Les mêmes principes reçoivent leur application lorsque le mineur, devenu majeur, teste au profit de son tuteur avant l'apurement du compte et qu'il décède quand le compte est apuré. Il s'agit d'une incapacité de disposer; or, il faut que le testateur soit capable lors du testament et lors de son décès; l'incapacité, à l'une de ces

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 634, note *d*. Demolombe, t. XVIII, p. 737, n° 726, et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Demante, t. IV, p. 841, n° 39 *bis* I.

(2) Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 739 n° 727.

époques, vicie le testament. On objecte que l'article 907 établit une incapacité de recevoir. Nous avons d'avance répondu à l'objection (n° 360). La cour de cassation s'est placée sur ce terrain dans l'arrêt qui a ressuscité la règle catonienne, à la grande surprise des interprètes. Il est certain que l'incapacité de disposer entraîne une incapacité de recevoir; puisqu'il y a une double incapacité, il faut s'attacher à celle que le législateur a eue principalement en vue. Or, dans l'espèce, cela n'est guère douteux: la loi présume que la volonté du mineur n'est point libre, par suite de l'influence que le légataire a exercée sur son esprit; voilà bien une incapacité de donner. Lorsqu'il y a captation, on dit que le legs est nul, parce que le testateur n'était pas sain d'esprit, on ne dit pas que le légataire est incapable. Eh bien, l'incapacité de l'article 907 n'est autre chose que l'incapacité de l'article 901; seulement l'incapacité de fait est devenue une présomption légale, donc une incapacité de droit. Ainsi la cour de cassation n'avait pas besoin d'invoquer la règle catonienne, en ce qui concerne le légataire; elle devait décider la difficulté en s'attachant à l'incapacité du testateur; et sur ce terrain, il était inutile de recourir à la règle catonienne, puisque la définition du testament suffit pour juger la question (1).

SECTION IV. — Sanction des incapacités.

388. Quand le législateur établit des incapacités, il doit s'attendre à ce que les parties intéressées cherchent à éluder ses prohibitions. Cela est vrai surtout des incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit; la passion aveugle des uns, l'intérêt des autres les pousse à frauder la loi, et l'expérience atteste, malheureusement, que les fraudes sont fréquentes et que les cas dans lesquels on peut les déjouer sont rares : ce sont les paroles du

(1) Rejet du 27 novembre 1848 (Dalloz, 1848, 1, 225). En sens contraire, Demolombe, t. XVIII, p. 735, n° 725. C'est l'opinion généralement suivie (Aubry et Rau, t. V, p. 455, § 650).

procureur général à la cour de cassation, M. Dupin (1). Nous avons déjà rencontré et dévoilé le tissu de fraudes qui est devenu une condition de vie pour les congrégations religieuses (nos 165 et suiv.). Elles sont moins nombreuses lorsque l'intérêt privé est seul en cause, car si d'une part on s'ingénie à gratifier des incapables, d'autre part l'intérêt des héritiers est éveillé pour dénoncer la fraude et pour obtenir l'annulation des actes frauduleux. Toutefois les fraudes ne manquent point; elles se produisent sous les deux formes prévues par l'article 911. Les libéralités se font tantôt sous la forme d'un contrat onéreux, tantôt sous le nom de personnes interposées. Comme l'incapacité de disposer et de recevoir n'existe que pour les actes à titre gratuit, les incapables conservent la capacité de contracter à titre onéreux, ce qui leur donne une grande facilité pour déguiser des libéralités sous l'apparence d'une vente ou d'une obligation. D'un autre côté, la prohibition de donner peut être éludée en faisant une libéralité au profit d'un incapable, par l'intermédiaire d'une personne interposée chargée de transmettre les biens à celui qui est incapable de les recevoir. La fraude est encore facilitée par la liberté qui forme le droit commun. Il n'y a plus d'incapacités absolues; la prohibition de donner est limitée à certains cas; il est assez facile de trouver des personnes capables qui consentent à jouer le rôle de personnes interposées. Parfois, pour mieux cacher les vraies intentions des parties qui se proposent de frauder la loi, on fait une double fraude; on donne à une personne interposée sous la forme d'un contrat onéreux : c'est la fraude de prédilection des ordres religieux. Il va sans dire qu'une double fraude doit être réprimée aussi bien que la fraude simple (2); l'article 911 déclare nulles *toute* disposition au profit d'un incapable, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la

(1) Réquisitoire de Dupin, dans l'affaire de la congrégation enseignante des pères de Saint-Joseph (Dalloz, 1861, 1, 220).

(2) Duranton, t. VIII, p. 292, n° 269. Grenier, t. I, p. 610, n° 135. Voyez un exemple de cette double fraude dans l'affaire de la communauté de la Sainte-Famille (Montpellier, 24 août 1854, Dalloz, 1855, 2, 114).

fasse sous le nom de personnes interposées. La nullité est la sanction nécessaire des prohibitions, sanction trop souvent insuffisante, la fraude étant toujours plus ingénieuse que le législateur, et la difficulté de la preuve mettant le juge dans l'impossibilité de la frapper, alors même qu'il la soupçonne. Il y a un autre danger qui arrête le juge : l'acte qu'on lui dénonce comme frauduleux peut être véritable, malgré les probabilités de fraude. « C'est à la prudence des magistrats, dit Bigot de Préameneu, lorsque le voile qui cache la fraude est soulevé, à ne se déterminer que sur des preuves, ou au moins sur des présomptions assez fortes pour que les actes dont la fraude s'est enveloppée ne méritent plus aucune confiance (1). »

389. L'article 911 n'est pas le seul qui prévoie les fraudes faites à la loi; c'est la conséquence d'un principe général dont nous trouvons des applications dans d'autres dispositions du code civil (art. 1099, 1527, 1596). Dans tous les cas où le législateur rencontre un acte fait en fraude de ses prohibitions, il le frappe de nullité, mais ses dispositions ne sont pas toujours les mêmes; elles varient d'après la diversité des matières. De là la question de savoir si les articles qui prévoient des cas de fraude peuvent se compléter l'un par l'autre. Il faut décider que chaque article ayant été porté pour une matière spéciale doit être restreint à cette matière. Cela est vrai surtout des présomptions de fraude que le législateur établit, les présomptions étant toujours de rigoureuse interprétation (2).

§ Ier. *Des donations déguisées.*

390. Un acte a l'extérieur d'un contrat onéreux; on soutient qu'en réalité c'est une donation au profit d'un incapable. Ce débat soulève une première difficulté : la donation faite sous forme d'un contrat onéreux est-elle valable? On a soutenu qu'elle est nulle, abstraction faite de l'incapacité des parties contractantes. Nous reviendrons

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 9 (Locré, t. V, p. 315).
(2) Coin-Delisle, p. 111, n° 1 de l'article 911.

sur la question. Pour le moment, nous supposons que la libéralité faite sous forme d'un contrat onéreux est valable; on l'attaque en invoquant l'incapacité du donateur ou du donataire. L'article 911 prononce la nullité de toute disposition *au profit d'un incapable;* la loi ne parle pas du cas où le disposant est incapable : est-ce à dire que la disposition ne sera pas nulle de ce chef? La nullité n'est pas douteuse; elle résulte des termes irritants dans lesquels sont conçues les dispositions concernant l'incapacité de disposer : tel est l'article 903 portant que le mineur âgé de moins de seize ans *ne pourra aucunement disposer.* La nullité est une conséquence de la prohibition, quand la prohibition a pour objet de prévenir la violation de la loi. En ce sens, l'article 911 n'est que l'application d'un principe général.

Quand l'article 911 déclare nulles les donations déguisées, il suppose que la prohibition que les parties ont voulu éluder est absolue, en ce sens que la libéralité est nulle pour le tout. Telle est la disposition universelle faite par le malade au profit de son médecin; pour cacher la libéralité, or la déguise sous la forme d'une vente faite à la femme du médecin. Il y a double fraude : interposition de personnes et don déguisé. Dans l'espèce, l'interposition est présumée, puisque c'est l'époux de l'incapable qui a servi d'intermédiaire pour lui faire parvenir la libéralité; mais il faut, avant tout, que l'on prouve qu'il y a libéralité, c'est-à-dire que la vente renferme une libéralité déguisée. Si une libéralité déguisée est faite au profit d'un enfant naturel, elle n'est pas nulle, elle est seulement réductible, puisque l'enfant naturel n'est pas incapable d'une manière absolue. Il a été jugé qu'une libéralité déguisée faite à une fille adultérine était valable, parce qu'elle ne dépassait pas les limites d'une pension alimentaire que le père peut donner à l'enfant adultérin (1). Nous verrons plus loin s'il y a lieu de distinguer, sous ce rapport, entre les donations indirectes et les donations faites en fraude de la loi.

(1) Rejet, 4 juillet 1820 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 358).

391. Celui qui demande la nullité d'une donation déguisée doit prouver la simulation; c'est l'application des principes les plus élémentaires en matière de preuve; on est étonné de les voir méconnus par un jurisconsulte. Delvincourt enseigne que du moment qu'un contrat à titre onéreux est passé avec un incapable, la donation est présumée, et que c'est à l'incapable à prouver qu'il y a vraiment contrat à titre onéreux; l'opinion contraire, dit-il, tendrait à obliger le demandeur à prouver un fait négatif, que le prix n'a pas été payé. Tous les auteurs s'élèvent contre cette opinion (1); elle est si évidemment erronée, qu'il ne vaut pas la peine de la combattre; est-il nécessaire de démontrer que la preuve incombe au demandeur, alors que la loi le dit? Si nous mentionnons l'erreur de Delvincourt, c'est qu'on la rencontre à chaque pas chez les meilleurs auteurs; dès qu'une chose est probable, ils transforment la probabilité en présomption, ce qui aboutit à dispenser le demandeur de la preuve pour la rejeter sur le défendeur. On oublie qu'il n'y a d'autres présomptions que celles de l'homme et les présomptions légales. Les présomptions de l'homme ne dispensent jamais le demandeur de la preuve; c'est, au contraire, l'une des preuves que le demandeur peut invoquer. Il n'y a que les présomptions légales qui dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles existent (art. 1352); et faut-il apprendre à un jurisconsulte qu'il n'y a pas de présomption légale sans loi? Sans doute, quand on fait un contrat de vente avec une personne incapable de recevoir à titre gratuit du vendeur, il y a quelque soupçon d'interposition, mais un soupçon n'est pas une probabilité, et une probabilité n'est pas une présomption, pas même une présomption de l'homme; il faut, dit l'article 1353, que les présomptions sur lesquelles le magistrat s'appuie soient graves, précises et concordantes. Il a été jugé que la vente d'un immeuble faite au profit d'un prêtre confesseur par le malade ne peut pas être présumée le fruit de la simulation, lorsque les héritiers qui en demandent la nullité ne font

(1) Delvincourt, t. II, p. 60, note 8. Voyez la réfutation de Duranton, t. VIII, p. 286, n° 267, et de Demolombe, t. XVIII, p. 651, n° 633.

la preuve d'aucun fait de simulation. Ce même arrêt a annulé le legs que la malade avait fait au profit de son confesseur (1).

392. Comment le demandeur prouvera-t-il la fraude? Rien n'est plus difficile que cette preuve. La loi la facilite en admettant les témoignages et les présomptions. C'est le droit commun en matière de fraude, comme nous le dirons au titre des *Obligations*. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens; nous croyons inutile de citer des auteurs et des arrêts, la question étant décidée par le texte et les principes (art. 1348 et 1352). Nous rapporterons quelques applications empruntées à la jurisprudence.

Une personne malade d'une hydropisie de poitrine vend ses biens à son médecin, avec réserve d'usufruit; le prix consistait en partie dans une rente viagère, en partie dans une somme capitale; il était stipulé de plus que l'acheteur payerait une rente de 150 francs aux hospices. Le vendeur mourut un mois après la vente; la cour de Riom annula l'acte, et sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet. Le prix consistant principalement en une rente viagère et un usufruit qui devaient s'éteindre d'un jour à l'autre, il était plus que probable que la vente cachait une libéralité (2).

La cour de Liége a annulé comme donation déguisée une vente faite par une mère à son enfant naturel cinq jours avant de mourir. Le prétendu acheteur était dans l'indigence, et s'obligeait par l'acte à loger, entretenir et nourrir sa mère; la valeur des biens surpassait la quotité dont la mère pouvait disposer au profit de son enfant. En conséquence, la donation fut réduite à la limite du disponible (3).

Dans une autre espèce, il a été jugé qu'il n'y avait ni vente ni donation. Les sœurs germaines de la mère d'un enfant naturel abandonnent à celui-ci des pièces de terre provenant de l'hérédité de la défunte; l'acte ne stipule aucun prix ni aucune charge, sinon celle d'acquitter les

(1) Montpellier, 19 mai 1813 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 388, 1°).
(2) Rejet, 5 mai 1807 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 434, 2°).
(3) Liége, 22 décembre 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 271).

droits de succession. Ce contrat fut exécuté pendant plus de seize ans; alors les cédantes demandèrent la nullité de la cession. Bien que la cession fût faite pour tenir lieu à l'enfant naturel de sa part dans la succession de sa mère, on ne pouvait pas la considérer comme une libéralité de la mère; c'était tout au plus une donation nulle en la forme. Pouvait-elle passer pour une donation déguisée sous la forme d'une vente? Non, dit la cour de Bruxelles, car il n'y a point de vente sans prix. Il n'y avait donc ni vente ni donation. La cour y vit la reconnaissance et l'accomplissement d'une obligation naturelle, dont les tantes naturelles se croyaient tenues envers l'enfant naturel de leur sœur; elle valida la cession, en ce sens que le débiteur d'une obligation naturelle ne peut pas répéter ce qu'il a volontairement payé (1).

Les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux sont très-fréquentes dans les prétendus contrats de société formés par des corporations religieuses. Nous en avons donné tant d'exemples, qu'il est inutile d'en citer de nouveaux (nos 165 et suiv.).

§ II. *Des libéralités faites sous le nom de personnes interposées.*

No 1. DES PERSONNES PRÉSUMÉES INTERPOSÉES.

393. Aux termes de l'article 911, sont réputés personnes interposées, les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable. Cette présomption d'interposition est empruntée à l'ancien droit; Ricard nous en dira la raison : « Nous considérons deux sortes de personnes tellement jointes ensemble, savoir, le père et la mère avec l'enfant et le mari avec la femme, que nous les réputons uns; et comme l'affection et l'intérêt qui les unissent ont fait dire, à l'égard des premiers, que deux individus ne composent qu'une même personne et qu'ils sont deux en une chair, et que les lois civiles

(1) Bruxelles, 11 janvier 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 284).

nous apprennent d'autre part que le père et le fils ne sont pareillement considérés que comme une même personne, nous estimons aussi les avantages faits en faveur de l'un comme s'ils étaient faits au profit de l'autre : c'est pourquoi, par la raison contraire, les coutumes et les ordonnances prohibant d'avantager l'un des deux, nous étendons leur prohibition à l'égard de l'autre. En effet, cessant cette précaution, la loi demeure presque inutile, étant si aisé d'y contrevenir, au moyen de ce que le donateur n'ayant point d'autre dessein, par son bienfait, que de complaire au donataire, il pourrait avec tant de facilité, en exécutant la prohibition à la lettre, aller contre l'intention de la loi, en trouvant une personne pour recevoir en son nom, que celui qu'il a l'intention de gratifier regarde, ainsi qu'il est en effet, comme un autre lui-même. Car il n'y a point de père qui n'estime la grâce qui est faite à son fils comme si elle était faite à sa propre personne, d'autant qu'elle seconde le motif qui anime le travail et ses soins tout le long de sa vie, savoir l'avancement de ses enfants; ni de fils qui ne considère les biens de son père comme les siens propres, sachant qu'il ne les amasse que pour lui. Il n'y a point aussi de mari ni de femme, dont tous les vœux et les intérêts doivent être communs, qui n'estime autant la fortune de celui avec lequel il est joint par un lien si étroit que la sienne propre : de sorte que le véritable objet de la donation étant dans toutes les apparences la personne prohibée, ce serait rendre, si nous en usions autrement, la prohibition de la loi vaine et sans effet. C'est pourquoi, comme il importe que les lois, et particulièrement celles qui sont faites pour un bien public, soient exécutées avec soin, nous satisfaisons par ce moyen à cette obligation, en retranchant les principales occasions par lesquelles on leur pourrait faire fraude (1). »

394. On voit par ces explications quel est le fondement de la présomption d'interposition établie par l'article 911; c'est le lien d'affection entre les personnes pré-

(1) Ricard, *Des donations*, 1re partie, chap. III, sect. XVI, nos 714-716 t. I, p. 186).

sumées interposées et ceux que le disposant veut gratifier. Il n'en faudrait pas conclure que la présomption s'applique à tous ceux à l'égard desquels ce lien d'affection existe. La présomption est légale, donc de stricte interprétation (n° 389); on ne peut l'admettre que pour les personnes énumérées dans l'article 911. Il y a un autre article qui établit aussi des présomptions d'interposition de personnes, c'est l'article 1100. Bien qu'elle concerne également des libéralités que l'on veut faire à un incapable, cette disposition ne peut pas servir à interpréter celle de l'article 901 ; ce serait étendre des présomptions hors des limites pour lesquelles le législateur les a établies; or, cela ne se peut, même pour cause d'analogie. D'ailleurs, malgré l'analogie incontestable qui existe entre le cas de l'article 911 et celui de l'article 1100, il y a une différence. La loi limite les libéralités qu'un époux peut faire au profit de son conjoint, quand il a des enfants d'un premier lit; elle prononce la nullité des libéralités faites à des personnes interposées; puis elle ajoute (art. 1100) : « Seront réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation. » Cette dernière présomption ne peut s'appliquer au cas prévu par l'article 911. Le second conjoint est de tous les incapables celui que l'on est surtout disposé à gratifier outre mesure; voilà pourquoi le législateur étend, à certains égards, le cercle des présomptions d'interposition; cette raison spéciale n'existe pas dans les cas ordinaires d'incapacité. C'est un motif de plus pour ne pas interpréter l'article 911 par par l'article 1100 (1).

I. *Les père et mère.*

395. La loi présume interposés les père et mère de l'incapable. Il en faut conclure que les autres ascendants

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 605, note *a*.

ne sont pas présumés interposés. Sans doute il y a soupçon, probabilité plus ou moins grande, d'après les circonstances de la cause, l'incapable devant hériter de celui qui est gratifié en apparence; mais cette probabilité n'est pas une présomption légale; le juge en pourra tenir compte s'il y voit une présomption grave, précise et concordant avec les autres présomptions qui résultent des faits (art. 1353). Si le législateur n'a pas étendu la présomption d'interposition à l'égard de tous les ascendants, c'est sans doute parce que l'affection sur laquelle elle se fonde va en diminuant, à l'égard des parents de la ligne ascendante, avec l'éloignement des degrés (1).

396. Il a été jugé que les père et mère d'un enfant naturel conçu à l'époque de la libéralité sont présumés personnes interposées. On objectait que l'enfant n'était pas encore né, et qu'on ne pouvait pas, dans l'espèce, appliquer le principe que l'enfant conçu est réputé né, puisqu'il ne s'agit pas de son intérêt. On répond que l'enfant conçu existe, qu'il est habile à recevoir; donc on peut aussi lui faire des libéralités par personne interposée; il serait absurde de le considérer comme existant pour recevoir la part qui peut lui être donnée, et comme non existant pour la part qui lui serait donnée par personne interposée. Mais pour qu'il y ait interposition présumée, il faut que l'enfant soit reconnu; car l'enfant non reconnu est capable de recevoir; on ne peut lui appliquer l'article 908, et par suite l'article 911 devient aussi inapplicable (2).

II. *Des enfants et descendants.*

397. Sous le nom d'enfants il faut comprendre les enfants adoptifs, puisqu'ils tiennent lieu d'enfants légitimes, ils en exercent les droits et sont censés jouir de la même affection. Que faut-il dire des enfants naturels? On décide

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 674, n° 652, et les auteurs qu'il cite.

(2) Paris, 26 avril 1833 et 4 mai 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 450); Metz, 10 août 1864 (Dalloz, 1864, 2, 211). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence. Voyez les auteurs cités par Demolombe, t. XVIII, p. 676, n° 657.

généralement qu'ils sont compris sous le nom d'enfants, dans l'article 911. Nous disons dans l'article 911, car Demante a raison de remarquer qu'en règle générale le mot *enfants* s'entend des enfants légitimes, surtout quand le législateur parle des enfants et descendants. Mais la présomption d'interposition établie par l'article 911 étant surtout fondée sur le lien d'affection qui existe entre l'enfant et son père, ainsi que Ricard l'explique (n° 393), il faut décider, nous semble-t-il, que les enfants naturels sont présumés personnes interposées; sinon, on ouvrirait la porte à la fraude. Que l'on n'objecte pas que c'est étendre une présomption légale; s'il n'est pas permis de l'étendre, il est permis de l'interpréter, pour savoir à quels cas elle s'applique, et l'interprétation doit se faire en consultant le texte et l'esprit de la loi. C'est l'opinion générale (1).

On admet la même décision pour les enfants adultérins et incestueux. Cela suppose que leur état est légalement constaté; dans ce cas, ils sont sur la même ligne que les enfants naturels simples, au moins en ce qui regarde la filiation, et cela suffit pour l'application de l'article 911. Peu importe qu'il n'y ait aucun droit d'hérédité entre enfants adultérins et leurs père ou mère; la présomption de l'article 911 n'est pas fondée sur cette considération, elle a pour base l'affection; or, la nature inspire la même affection au père pour ses enfants, quand ils sont le fruit d'un commerce honteux ou criminel, que lorsqu'ils sont naturels ou légitimes; ce qui, dans l'espèce, est décisif (2).

398. L'application de ces principes donne lieu à de grandes difficultés. Nous avons enseigné que les héritiers peuvent rechercher la filiation de l'enfant naturel quand ils y ont intérêt (3); or, ils y ont intérêt, non-seulement lorsque l'enfant naturel non reconnu est légataire universel, mais aussi quand il est personne interposée. Il faut donc décider, dans notre opinion, que si les héritiers pré-

(1) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVIII, p. 675, n° 655.
(2) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVIII, p. 676, n° 656, et par Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 451-453.
(3) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 155, n° 103.

tendent que le légataire nominal est un enfant naturel et que cet enfant est personne interposée, pour faire parvenir la libéralité à un incapable, ils ont le droit de rechercher sa filiation, de même qu'ils le pourraient si l'enfant naturel était institué légataire universel. Une fois le principe admis, la conséquence est évidente. Si, au contraire, l'on admet que l'enfant naturel a seul droit de rechercher sa filiation, les héritiers n'ont pas d'action. C'est l'opinion commune; favorable à l'enfant, elle prête la main à la fraude. La même question se présente quand c'est à la mère de l'enfant naturel que la donation est faite, et que l'on soutient que la mère est personne interposée; la solution est la même (1).

Les difficultés augmentent quand il s'agit d'un enfant adultérin ou incestueux. Comme la loi prohibe leur reconnaissance, ainsi que la recherche de la filiation adultérine ou incestueuse, il ne peut être question, pour les héritiers, de prouver cette filiation, quand l'enfant est ou légataire direct, ou personne interposée (art. 342 et 335). Mais que faut-il décider si, malgré la prohibition de la loi, le père de l'enfant le reconnaît par acte authentique? Dans l'opinion que nous avons enseignée, cette reconnaissance est nulle, comme titre de filiation, mais elle donne à l'enfant droit aux aliments, et elle peut être invoquée contre lui par les héritiers; si elle peut être opposée à l'enfant légataire, elle peut aussi être opposée à l'enfant personne interposée. Par contre, si l'on admet que la reconnaissance est radicalement nulle, l'enfant naturel n'en profitera point, mais aussi on ne pourra pas s'en prévaloir contre lui. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Paternité et de la filiation* (2).

III. *Du conjoint.*

399. L'époux de la personne incapable est présumé personne interposée (art. 911). Si le mineur, devenu ma-

(1) Comparez Orléans, 8 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 214).
(2) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 209, n° 141 et p. 224, n° 155. Comparez Lyon, 25 mars 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 272, 1°) et cassation, 13 juillet 1813 (*ibid.*, n° 452, 2°).

jeur, institue la femme de son tuteur légataire universel avant la reddition et l'apurement du compte, le legs est nul. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où le compte avait été rendu, mais la cour de Rennes avait jugé que le compte était irrégulier; le tuteur restait donc incapable de recevoir, et par suite il fallait appliquer l'article 911 (1).

La cour de Gand a fait l'application de l'article 911 à un cas d'incapacité qui est douteux (2). Elle a jugé que l'article 908 s'applique aux descendants légitimes de l'enfant naturel (n° 368). Si l'on admet le principe, la conséquence est évidente; l'article 911 devra aussi recevoir son application. Dans l'espèce, le père fut déclaré personne interposée; par la même raison, les conjoints des descendants devraient être présumés interposés.

400. Le conjoint est personne interposée, alors même qu'il est séparé de corps. Certes, dans ce cas, les motifs de la présomption cessent; cependant les auteurs s'accordent à enseigner que la présomption subsiste dans toute sa force, et il faut le décider ainsi, parce que le texte le veut (3). Preuve qu'en cette matière on ne peut pas invoquer l'esprit de la loi contre un texte clair, formel et absolu. L'interprète est enchaîné par la lettre, il ne lui reste qu'à faire appel au législateur.

401. Le futur époux est-il présumé interposé? Ainsi posée, la question doit être décidée négativement, sans doute aucun. Les présomptions sont de droit étroit; la loi présume que le conjoint est personne interposée; appliquer cette présomption au futur conjoint, ce serait l'étendre, et les principes les plus élémentaires s'opposent à ce qu'on étende une présomption légale. Vainement dit-on que le vœu de la loi demande que le futur époux soit compris dans la présomption; on répond que l'esprit de la loi ne suffit point pour établir une présomption. Tout aussi vainement invoque-t-on l'ancien droit, il se tourne contre ceux qui s'en prévalent, car le législateur,

(1) Rejet, 15 février 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 352).
(2) Gand, 19 avril 1835 (*Pasicrisie*, 1835 2, 165).
(3) Voyez les auteurs cités par Demolombe, t. XVIII, p. 677, n° 658.

ayant sous les yeux la jurisprudence qui réputait personne interposée le futur époux de l'incapable, et ne reproduisant pas cette présomption, l'a par cela même rejetée, en limitant la présomption à l'époux (1).

Autre est la question de savoir si la donation faite au futur conjoint par contrat de mariage est présumée faite à une personne interposée. Ici il y a doute. Il a été jugé que la donation par contrat de mariage faite au futur époux d'un enfant naturel par le père de ce dernier est nulle. Dans l'espèce, le père avait déjà donné directement à son enfant naturel ce que la loi lui permettait de donner; la cour de Lyon a décidé que la seconde libéralité était présumée faite par personne interposée; et nous croyons qu'elle a bien jugé. En apparence, on étend la présomption en l'appliquant au futur conjoint; c'est le motif de douter. Mais, ce qui décide la question, c'est que la libéralité est faite par contrat de mariage, donc à l'époux, et non au futur époux. Ce qui le prouve, c'est que la donation ne produira d'effet que si le mariage est célébré, c'est donc l'époux qui est donataire. On a contesté ce point de droit; l'article 1088, dit-on, se borne à dire que toute donation en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas; mais la loi ne dit pas que la donation n'existera qu'à partir du mariage; la donation est conditionnelle; or, la condition rétroagit, il y a donc donation à partir du contrat, et par conséquent la donation est faite au futur époux. Nous répondons avec la cour de Lyon que le contrat de mariage n'a d'effet que lors du mariage et à partir de sa célébration; cela est évident pour les conventions qui concernent le régime; il en doit être de même pour toutes les clauses du contrat, partant pour les donations. Il est donc vrai de dire que la donation est faite à l'époux, et par suite à une personne interposée. Cela est aussi fondé en raison. La loi veut empêcher la fraude; or, ce serait la favoriser que de valider les donations faites au futur époux de l'enfant natu-

(1) Toullier, t. III, 1, p. 54, nº 81. Vazeille, t. II, p. 148, art. 911, nº 10. En sens contraire, Grenier, t. I, p. 604, nº 133.

rel. Le père commencerait par donner à son enfant la part héréditaire à laquelle il a droit; puis, en le mariant, il donnerait au conjoint le reste de son hérédité. L'esprit de la loi ne permet pas d'éluder ainsi la prohibition que le législateur établit dans un intérêt public, et le texte se prête à une interprétation qui concilie le droit avec la moralité (1).

IV. *Effet de la présomption.*

402. Est-ce que la présomption d'interposition établie par l'article 911 admet la preuve contraire? La négative est écrite dans l'article 1352, aux termes duquel nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes. Or, l'article 911 annule les libéralités faites à l'incapable sous le nom des personnes qu'il présume interposées, et il prononce cette nullité sur le fondement de la présomption d'interposition; l'article 1352 doit donc recevoir son application, sauf à tenir compte de la restriction qu'il admet pour le serment et l'aveu (2). Il n'est pas exact de dire, comme le fait l'article 1352, qu'*aucune* preuve n'est admise contre les présomptions que, dans le langage de l'école, on appelle présomptions *juris et de jure*, car l'article 1352 lui-même permet de se prévaloir de l'aveu de celui qui invoque la présomption, et il autorise celui à qui la présomption est opposée à déférer le serment à l'autre partie. Si cela ne se pratique guère, c'est qu'il y a une difficulté de fait; le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à celui à qui on le défère (art. 1359), et l'aveu est personnel de son essence. Toutefois rien n'empêche de déférer le serment sur le point de savoir s'il est à la connaissance de l'autre partie que la libéralité faite à une personne présumée in-

(1) Lyon, 24 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 111). En sens contraire, Coin-Delisle, p. 114, n° 16 de l'article 911. Demolombe, t. XVIII, p. 677, n° 659.

(2) Jaubert, le rapporteur du Tribunat, dit le contraire (n° 20, Locré, t. V, p. 347). L'erreur est évidente.

terposée s'adresse en réalité à cette personne, et non à l'incapable, et on peut l'interroger sur faits et articles dans le même sens (1).

403. Ces principes sont très-rigoureux, et la rigueur aboutit parfois à l'injustice. Il se peut que celui qui donne à une personne présumée interposée ait eu la volonté de gratifier cette personne, et non l'incapable. On conçoit que le juge, quand les circonstances sont favorables, cherche à concilier l'équité avec une loi qui, poussée à bout, consacrerait une iniquité. Mais les principes le permettent-ils? Nous ne le croyons pas. Vainement dit-on que la loi a voulu prévenir la fraude; que s'il est prouvé que l'incapable ne profitera pas de la libéralité, il ne peut plus être question de fraude; nous répondons avec la cour de cassation que c'est précisément cette preuve contraire que la loi a défendue, et si elle ne l'admet point, c'est qu'il y a un intérêt général en cause qui doit l'emporter sur l'intérêt des particuliers; il s'agit d'empêcher la fraude à la loi, et il n'y a pas de plus grand intérêt que celui du respect de la loi, il faut le maintenir à tout prix; or, on risquerait de valider une libéralité frauduleuse, si l'on admettait la preuve contraire à la présomption de fraude; il fallait donc frapper la fraude, dût-on, dans des circonstances exceptionnelles, léser les intérêts d'un donataire ou d'un légataire, alors que la présomption ferait défaut. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, le legs était fait à la mère d'un enfant adultérin. La cour de Grenoble décida que les circonstances de la cause prouvaient que c'était bien la mère et non l'enfant que le testateur avait entendu gratifier. Qu'importe? dit la cour de cassation. Quand même cela serait prouvé complétement, la présomption n'en resterait pas moins applicable; c'est dire que la cour d'appel n'était pas en droit d'admettre la preuve que le testateur avait eu l'intention d'avantager la mère (2).

404. On a cependant jugé le contraire dans une espece très-favorable a la personne présumée interposée. La cour

(1) Demante, t. IV, p. 77, n° 32 *bis* IV.
(2) Cassation, 13 juillet 1813 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 452, 2°).

de Paris pose en principe que la donation n'est nulle pour cause d'incapacité du donataire que si elle est faite indirectement au profit de l'incapable, soit sous la forme d'un contrat onéreux, soit par personne interposée; que dans le cas où une personne est présumée interposée, cette personne ne peut, à la vérité, transmettre la libéralité à l'incapable, mais qu'elle-même n'est pas frappée d'incapacité de recevoir, dans son intérêt. De là la cour conclut que la libéralité ne peut profiter qu'à la personne présumée interposée; et si, dans l'intention du disposant, elle doit exclusivement lui profiter, il n'y a pas lieu de l'annuler. Puis la cour arrive aux circonstances de la cause. Dans un premier testament, le père d'un enfant naturel non reconnu commence par lui léguer tous ses biens, en le chargeant d'une pension viagère de 600 francs au profit de la mère de l'enfant. Voilà l'intention du disposant clairement manifestée; il veut donner à la mère de son enfant une pension viagère à titre d'aliments, libéralité évidemment personnelle à la mère. Dans un second testament, après avoir reconnu son enfant, il lui lègue une partie de ses biens, et donne l'autre partie en rente viagère à la mère. Ce second testament est conçu dans la même pensée que le premier; le but du testateur est d'assurer l'existence de la mère, en lui léguant une rente viagère et insaisissable. La cour en conclut qu'il est impossible de considérer la mère légataire comme personne interposée pour faire parvenir l'objet de son legs à son enfant; elle maintient donc la libéralité. En fait, la cour a certes bien jugé; mais en droit? Nous ne saurions admettre la doctrine qui sert de base à l'arrêt. La cour admet la preuve contraire, alors que la loi dit en termes absolus qu'aucune preuve n'est admise contre la présomption de la loi. La cour introduit donc une exception dans une loi qui ne comporte aucune exception. C'est violer les principes qui régissent les présomptions légales (1).

405. On a proposé une autre exception pour les dons

(1) Paris, 6 mai 1854 (Dalloz, 1856, 2, 240). En sens contraire, Demolombe, t. XVIII, p. 691, n° 676.

rémunératoires. Si l'on entend par don rémunératoire la rémunération exacte d'un service, il est évident qu'il est valable, fût-il fait à l'incapable lui-même, car ce n'est que le payement d'une dette. Dans ce cas, il n'y a pas de libéralité; mais si la rémunération dépasse le prix des services, il y a vraiment don rémunératoire, et tout ce qui est don tombe sous l'application de l'article 911. On ne doit donc pas poser en principe que les personnes présumées interposées peuvent recevoir une libéralité à titre rémunératoire. Qu'importe le titre? Dès qu'il y a libéralité, l'incapable ne peut la recevoir, et par suite, si elle est faite à une personne interposée, elle est nulle. L'opinion contraire est enseignée (1), et on l'appuie sur un arrêt de la cour de cassation; la cour dit, il est vrai, que dans l'ancien droit les donations étaient le plus souvent maintenues quand elles étaient modiques et qu'elles avaient pour cause la récompense de services rendus et pour objet d'assurer des aliments aux donataires; mais la cour ne dit pas qu'il en est ainsi sous l'empire du code civil. La négative est si certaine, que nous croyons inutile d'insister.

V. *Quand la présomption cesse.*

406. Il ne faut pas confondre la question que nous venons d'examiner avec celle de savoir si la présomption d'interposition est toujours applicable. Tant que l'on est dans les termes de la loi, la présomption doit recevoir son application, sans qu'on puisse la combattre par la preuve contraire; mais il y a des cas où la présomption d'interposition cesse, parce que l'interposition est impossible. Ici il faut tenir compte de la différence qui existe entre l'incapacité et l'interposition présumée. Les personnes présumées interposées ne sont pas par elles-mêmes incapables de recevoir; si les libéralités qui leur sont faites sont nulles, c'est que le législateur présume qu'elles

(1) Par Delvincourt, Vazeille et Saintespès-Lescot (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 443). Comparez Rejet du 1er fructidor an XIII (*ibid.*, n° 965). En sens contraire, Demolombe, t. XVIII, p. 691, n° 676.

les reçoivent pour les transmettre à l'incapable; mais si cette transmission est impossible, la présomption d'interposition cesse par cela même, et par suite rien n'empêche les personnes présumées interposées de recevoir. Il ne peut plus être question d'interposition, alors qu'il n'y a plus d'incapable (1); si donc l'interposition est impossible, la présomption tombe.

407. Il en est ainsi, sans difficulté aucune, lorsque la libéralité est faite après la mort de l'incapable. Dans ce cas, il n'y a plus d'incapable à qui la personne présumée interposée puisse transmettre la libéralité; dès lors l'interposition ne se conçoit plus. Vainement dirait-on que la chose pourra être remise aux héritiers de l'incapable. Sans doute, et il y a plus, la libéralité pourrait être faite directement aux héritiers de l'incapable, puisque l'incapacité est essentiellement personnelle. Ainsi si l'enfant naturel vient à mourir, ses enfants peuvent recevoir, dans l'opinion consacrée par la jurisprudence; donc leurs conjoints ne sont plus personnes interposées; ils peuvent par conséquent recevoir des dons et des legs, car personnellement ils ne sont pas incapables (2).

En serait-il de même si un legs était fait à l'enfant ou au conjoint de l'incapable, et que l'incapable vînt à mourir avant l'ouverture du legs? Nous croyons que le légataire pourrait recueillir le legs. Il n'est pas incapable, donc il peut être institué légataire; seulement le legs sera nul s'il est présumé interposé à l'égard d'un incapable; dans l'espèce, cela est impossible, puisque au moment où le droit au legs s'ouvre il n'y a plus d'incapable. On objecte que si la mère instituée légataire est capable de recevoir quand son enfant est mort, le testateur par contre est incapable de lui donner, car sa capacité doit exister lors du testament et lors de son décès; or, il ne pouvait pas donner à la mère de son enfant naturel lors de son testament, puisque à ce moment l'enfant naturel vivait

(1) Bruxelles, 23 mars 1853 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 41). L'enfant naturel peut recevoir dans les limites de la loi; dans ces limites, il n'y a donc pas d'incapacité, partant pas de présomption d'interposition.

(2) Coin-Delisle, p. 115, n° 19 de l'article 911.

encore; donc le testament était nul dans son principe, faute de capacité, et il reste nul, bien que le testateur soit capable lors de son décès. Nous répondons que cette argumentation confond l'interposition présumée et l'incapacité; l'interposition présumée n'est pas une incapacité, on ne peut donc pas appliquer à l'interposition ce que la loi dit de l'incapacité; la mère de l'enfant naturel est capable, donc le testateur n'est pas incapable de lui donner, et par conséquent on ne peut appliquer les règles sur l'époque à laquelle la capacité doit exister (1). Peu importe, à notre avis, que le testateur, au moment de son décès, sache ou ignore que son enfant est mort; la présomption d'interposition ne sera en aucun cas applicable, car il serait absurde de considérer une personne comme interposée à raison d'un incapable, alors que cet incapable n'existe plus; et la présomption étant écartée, il reste un legs fait au profit d'une personne capable. Dira-t-on que le testateur n'a pas voulu lui donner? Il faudrait prouver que telle était l'intention du testateur, et comment le prouver quand la présomption fait défaut? La preuve serait admissible, mais très-difficile, car il faudrait prouver non-seulement que le testateur a voulu gratifier un incapable, mais qu'il a voulu aussi que la libéralité ne profitât pas à la personne interposée au cas où l'incapable prédécéderait (2).

Les mêmes principes s'appliqueraient à la donation faite au profit d'un incapable sous le nom d'une personne interposée, si la donation était acceptée après la mort de l'incapable. En effet, jusque-là il n'y a pas de libéralité; la donation ne se parfait que lors de l'acceptation; or, à ce moment il n'y a plus d'incapable, donc plus de personne interposée.

407 *bis*. Ces principes reçoivent-ils exception lorsque le testateur, mineur ou malade, fait un legs au profit du conjoint de son tuteur ou de son médecin? L'incapable

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 681, n° 664; Coin-Delisle, p. 116, n° 21 de l'article 911. En sens contraire, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 636, n° 242.

(2) En sens contraire, Coin-Delisle et Demolombe (voir note 1).

meurt; le legs sera-t-il valable? On enseigne la négative, parce que la loi présume que la volonté du testateur n'est pas libre; or, si elle est contrainte à l'égard de l'incapable, elle est par cela même contrainte à l'égard de la personne interposée, il y a présomption que le tuteur ou le médecin ont abusé de leur influence, pour que la libéralité fût faite à une personne interposée chargée de la leur remettre. Il y a donc une véritable incapacité du testateur; dès lors il faut appliquer les principes qui régissent l'incapacité. La difficulté ne se présente pas quand le malade fait une donation à la femme de son médecin; car si le médecin vient à mourir avant l'acceptation, il faut le concours des volontés du donateur et du donataire pour parfaire la donation; le donateur consent donc, en pleine liberté, à donner suite à son offre, et comme le défaut de liberté était la seule cause qui viciait l'offre, ce vice disparaissant, rien n'empêche que la donation ne s'accomplisse (1).

408. On admet encore que l'interposition présumée cesse dans les cas où l'incapacité cesserait. Le mineur est capable de donner à son tuteur quand celui-ci est son ascendant; si, au lieu de donner à son tuteur, il donne au père de son tuteur, qui est son ascendant, le legs sera-t-il nul? Non, car il aurait pu donner directement à son ascendant, quoique tuteur; dès lors il n'y a plus d'incapable, et par conséquent il ne peut plus y avoir d'interposition au profit d'un incapable. Il en serait de même dans les cas prévus par l'article 909. Le malade donne à l'enfant de son médecin; mais le médecin est son allié, et l'enfant du médecin est parent du malade au degré déterminé par l'article 909; il pourrait donner à cet enfant s'il était son médecin; donc l'incapacité du médecin cesse dans l'espèce, dès lors l'interposition ne peut plus être présumée; le malade doit avoir le droit de disposer au profit de l'enfant de son médecin, alors qu'il aurait le droit de disposer en sa faveur quand même il serait médecin (2).

(1) Troplong, t. I, p. 242, nos 711-716; Aubry et Rau, t. V, p. 448, note 68 du § 649.

(2) Demolombe, t. XVIII, p. 672, n° 649, et les autorités qu'il cite.

N° 2. DE L'INTERPOSITION DE FAIT

409. La loi réputant elle-même personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable, il arrive rarement que celui qui veut disposer au profit d'un incapable donne ou lègue à l'une de ces personnes, puisqu'il sait d'avance qu'il fait une disposition nulle. Il disposera donc au profit d'un autre parent, ou d'un ami, en le chargeant de remettre à l'incapable la chose donnée ou léguée. C'est le cas prévu par le premier alinéa de l'article 911, qui déclare nulle toute disposition faite sous le nom de personnes interposées. Il n'y a que cette différence entre les personnes que la loi présume interposées et celles qui ne sont pas présumées interposées, c'est que, dans le premier cas, les héritiers ne sont pas tenus de prouver l'interposition, la présomption légale les dispensant de toute preuve (article 1352); tandis que, dans le second cas, ils doivent prouver que le donataire ou le légataire nominal est une personne interposée pour faire parvenir la libéralité à l'incapable.

On appelle les dispositions par personnes interposées des fidéicommis tacites, parce qu'elles ne sont destinées qu'en apparence au donataire ou au légataire nominal; en réalite, celui-ci n'est qu'un fidéicommissaire chargé de transmettre la libéralité à la personne que le disposant veut gratifier, c'est-à-dire à l'incapable. L'article 911 déclare le fidéicommis tacite nul; il va sans dire que l'incapable n'en peut profiter, et il est aussi nul à l'égard du fidéicommissaire, parce que, dans l'intention du disposant, le fidéicommissaire n'est pas le vrai gratifié; il ne peut pas conserver pour lui les choses données, et la loi lui défend de les remettre à l'incapable; il est donc obligé, comme le dit Domat, de restituer ce qu'il a reçu aux héritiers légitimes. Que s'il est complice du testateur, on le considère, d'après Domat, comme s'il dérobait ce qu'il peut

avoir reçu du disposant, et on le traite comme possesseur de mauvaise foi (1).

410. C'est au demandeur à prouver la simulation. Comment fera-t-il cette preuve? Il faut appliquer à l'interposition ce que nous avons dit du déguisement (n° 392). Dans l'un et l'autre cas, l'acte est attaqué pour cause de fraude à la loi; le demandeur est donc admis à prouver l'interposition par tous moyens de preuve, la preuve testimoniale et les présomptions. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point; il est inutile de citer des autorités, la question étant décidée par le texte du code (art. 1353 et 1348)

411. L'interposition de personnes est une question de fait que les tribunaux décident d'après les circonstances de la cause. Il a été jugé à plusieurs reprises par la cour de cassation que les tribunaux jouissent à cet égard d'un pouvoir souverain. La raison en est que la loi n'a pas déterminé les caractères du fidéicommis tacite; c'est dire qu'elle s'en rapporte à la sagesse des magistrats pour décider si l'héritier apparent est sérieusement institué, ou s'il n'est qu'un intermédiaire entre le testateur et l'incapable (2). Ce pouvoir discrétionnaire tient encore au genre de preuves qui servent à établir l'interposition de personnes; la fraude se cachant, le juge est presque toujours obligé de recourir à des présomptions; or, les présomptions, par leur nature, remettent la décision du débat aux lumières et à la prudence du juge, comme le dit l'article 1353; la loi limite ce pouvoir discrétionnaire en ajoutant une restriction, c'est que les présomptions doivent être graves, précises et concordantes; mais comme c'est toujours le juge qui décide si elles ont ce caractère, tout dépend, en définitive, de son appréciation.

Pourquoi le législateur s'en est-il rapporté, en cette matière, à la discrétion du juge? Les tribunaux n'ont pas, en général, ce pouvoir absolu dans notre droit moderne; dans l'espèce, c'était nécessité. Il eût été dangereux, dit

(1) Domat, *Lois civiles*, livre V, tit. III, sect. III, nos 5-7. Paris, 30 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 5, 152).
(2) Rejet de la chambre civile du 10 avril 1847 (Dalloz, 1847, 1, 269).

très-bien la cour de Bordeaux, de définir les caractères du fidéicommis tacite; car la fraude aurait toujours trouvé moyen de se mettre à côté de la définition; le législateur a voulu que le pouvoir des tribunaux pût se mouvoir dans un cercle aussi large que celui où peut se mouvoir la fraude elle-même (1). Ce sont presque toujours les congrégations religieuses qui figurent dans les débats où le fidéicommissaire, de complicité avec le testateur, cherche à frauder la loi, en faisant parvenir des libéralités à des incapables; en face d'associations qui vivent de fraude, et pour lesquelles la fraude est une œuvre de piété, le magistrat doit être armé d'un pouvoir discrétionnaire. Encore est-il certain que, quelque nombreuses que soient les fraudes à la loi, il est rare qu'elles soient réprimées (2). Raison de plus pour donner au juge un pouvoir souverain dont il ne peut guère abuser dans notre régime constitutionnel.

412. Nous empruntons à la jurisprudence quelques applications du principe. En France, une loi de 1825 permet aux congrégations de femmes autorisées de recevoir des libéralités dans une certaine limite; le législateur espérait par là mettre fin à la fraude, puisque les congrégations n'ont plus besoin d'y recourir pour recevoir à titre gratuit. Il s'est trompé : rien n'est insatiable comme l'ambition et la cupidité des ordres religieux. Le moine ne possède rien, pas même l'habit qui le couvre; mais on essaye en vain de dépouiller l'homme des sentiments que la nature lui donne; les fondateurs du monachisme ont voulu tuer l'esprit d'appropriation comme le plus grand des vices, ils n'ont fait qu'exalter la passion des richesses, en la concentrant sur le couvent : si le moine ne possède rien, par contre le couvent ne saurait être trop riche. Voilà comment il se fait que les congrégations autorisées rivalisent avec les congrégations non autorisées pour dépouiller les familles, en faisant fraude à la loi.

La supérieure du couvent de Sainte-Croix avait un

(1) Bordeaux, 8 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 21).
(2) Réquisitoire de Dupin (Dalloz, 1861, 1, 220).

grand attachement pour ses parents, et avait annoncé l'intention de leur laisser les biens qu'elle tenait de ses auteurs. Cependant elle meurt après avoir institué héritière universelle une demoiselle qu'elle connaissait à peine. Ce changement de volonté, dit la cour de Poitiers, s'explique par le grand âge de cette dame et sa soumission aux volontés de ses conseils, on devine lesquels, qui lui auront fait un cas de conscience de l'obligation de tout donner à son couvent. L'héritière consulta des ecclésiastiques sur le parti qu'elle devait prendre ; le devoir de ces conseillers, dit la cour, aurait été d'éclairer sa conscience et de lui enseigner que, sous aucun prétexte, il n'est permis de faire fraude à la loi. Telle n'est pas la morale des gens d'Eglise : l'arrêt parle de la réticence des témoins sur les faits qu'ils connaissaient, il constate le refus de la légataire de s'expliquer sur la question de savoir si elle voulait conserver les biens pour les faire passer au couvent de Sainte-Croix. Ses conseils l'avaient persuadée qu'elle était élue par la Providence pour faire parvenir au couvent les biens de la supérieure ! Ainsi on mêle la Providence dans des spéculations frauduleuses qui dépouillent les familles au mépris de la loi ! Tous les faits de la cause attestaient que la légataire était en effet un instrument, non de Dieu, mais des conseillers dont la cour de Poitiers flétrit la marche tortueuse et envahissante ; elle était donc personne interposée. Le fidéicommis fut annulé au profit des héritiers naturels de la testatrice (1).

413. Il y a une difficulté qui se présente dans tous les procès relatifs à des fidéicommis tacites. Faut-il qu'il y ait une convention formelle ou du moins un concert quelconque entre le testateur et le fidéicommissaire? En théorie, on serait tenté de répondre affirmativement. Le fidéicommis tacite n'implique-t-il pas que le fidéicommissaire est chargé de remettre à un incapable les biens qui lui sont légués? Or, peut-il y avoir charge de remettre les biens sans le concours de consentement de celui qui veut gratifier l'incapable et de celui qui sert d'intermédiaire

(1) Poitiers, 21 juin 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 466).

entre le testateur et le légataire véritable? Rien ne paraît plus naturel ni plus juridique. Aussi les auteurs penchent-ils vers cette opinion (1). La jurisprudence, au contraire, a toujours décidé que le fidéicommis pouvait exister indépendamment de toute convention, de tout concert, et alors même que le légataire institué avait refusé de se lier par un engagement quelconque. Cette doctrine est fondée en droit et en raison. Le législateur n'exige pas le concert; donc l'interprète ne peut pas faire du concert une condition pour l'existence du fidéicommis. Et le législateur a bien fait de ne pas prescrire cette condition; c'eût été prêter la main à la fraude. D'abord, il est rare que le concert puisse être prouvé, puisque tout se passe entre le testateur et son légataire, tout est secret, sans autres témoins que les murs du cloître. Puis, le testateur a bon soin d'instituer héritier un homme convaincu comme lui que la Providence l'a élu, et qu'il est l'instrument de ses desseins pour enrichir les couvents : les couvents ne sont-ils pas une colonne de l'Eglise? et l'Eglise peut-elle être trop riche? Ceux qui partagent ces idées s'entendent sans s'être parlé, ils sont d'accord d'avance : pourquoi compromettraient-ils leurs desseins par un concert qui pourrait être découvert et qui dévoilerait la fraude? Nous ne faisons que formuler la théorie des fraudes pieuses telle qu'elle se déroule tous les jours devant les tribunaux.

Une demoiselle, après avoir réalisé dans le commerce un capital de plus d'un million, se retire à Tours, où elle lie des relations avec les religieuses de Saint-Martin, succursale de Picpus; elle finit par habiter le couvent comme pensionnaire. Elle vend ou donne à des abbés et à la supérieure la plus grande partie de ses biens; en 1847, sa fortune était réduite à 150,000 francs, lorsque sa famille provoqua et obtint son interdiction pour cause d'imbécillité. Son tuteur demanda la nullité de la vente d'une ferme consentie au supérieur général de la communauté de Picpus, lequel portait le titre d'archevêque de

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XVIII, p. 659, n° 640, et dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 467.

Chalcédoine. Le prétendu acheteur reconnut que la vente était fictive et qu'elle cachait une libéralité. Interrogé par le président pourquoi la forme de vente avait été adoptée, l'archevêque répondit : Pour empêcher les parents de se plaindre. Le président, habitué au respect de la loi qui garantit les droits des familles, s'étonne de cette réponse et demande si elle était bien admissible de la part d'une personne revêtue d'un caractère religieux. A cela l'archevêque répond avec une grande placidité : « Je ne crois point qu'il y ait en cela quelque chose de répréhensible. » Il ajouta qu'il avait accepté la libéralité sans condition, qu'il n'avait voulu souscrire à aucune charge, et il déclara être prêt à l'affirmer en justice. L'officier du ministère public avoua que cette affirmation était grave, venant d'un homme qui occupait une haute position dans l'Eglise, qui se distinguait par son éminente piété, et qui avait passé sa vie à faire de bonnes œuvres. Cependant il conclut à la nullité de la vente comme déguisant une libéralité faite par personne interposée à une congrégation religieuse. Comment concilier la fraude avec le caractère honorable de celui qui la commettait en toute tranquillité de conscience? C'est, dit l'avocat général, que la fraude est devenue une nécessité pour les établissements non autorisés. Pour empêcher cette violation permanente de la loi, le législateur français permit en 1825 de reconnaître les congrégations de femmes; on lit dans le rapport sur la loi de 1825 ces paroles aussi vraies qu'affligeantes : « Ce sont les personnes *les plus pures, les plus religieuses, les plus désintéressées* qui doivent se familiariser chaque jour avec les *fidéicommis*, les *donations simulées* ou *détournées*, avec tous les *subterfuges* que l'*avidité* et l'*esprit de chicane* ont pu inventer autrefois. » Ces saints personnages finissent par être bien convaincus qu'il n'y a rien de répréhensible à frauder la loi et à dépouiller les familles. Le but étant si louable, comment les moyens arrêteraient-ils ceux qui se croient les instruments de la Providence? Malgré son respect pour le caractère honorable de l'archevêque de Chalcédoine, l'organe du ministère public laissa percer des soupçons qui

sont une flétrissure des fraudes pieuses et de ceux qui les pratiquent. Le donataire ne cessait de protester qu'il ne s'était soumis à aucune charge de remettre les biens à qui que ce fût, malgré les instances de la donatrice; c'était dire qu'il n'y avait point de fidéicommis tacite. Que signifiaient ces protestations et cette résistance? Le donataire entendait-il garder pour lui les biens que la donatrice voulait donner au couvent? Non, certes. Que voulait donc dire son refus de consentir à une condition quelconque? Cela voulait dire : « Laissez-moi libre de pouvoir affirmer devant les tribunaux que vous ne m'avez imposé aucune condition. » Ainsi la prétendue liberté du donataire devait faciliter la fraude, en écartant tout soupçon de fidéicommis! Et qu'aurait signifié le serment? Qu'en droit le donataire n'était pas obligé de transmettre les biens au couvent de Picpus. Soit. Mais n'y était-il pas obligé en conscience? et n'est-ce pas là ce qui constitue le fidéicommis? La cour de Paris annula l'acte de vente, comme déguisant une libéralité au profit d'une communauté incapable de recevoir (1).

414. Dans l'espèce que nous venons de rapporter, il n'y avait aucun concert entre la donatrice et le donataire; il y avait plutôt refus de concert. Pourquoi la cour de Paris admit-elle néanmoins l'existence d'un fidéicommis? C'est que le donataire connaissait les intentions de la donatrice; qu'importait donc qu'il n'eût pas contracté l'engagement formel de remettre les biens au véritable donataire? S'il n'est pas lié légalement, dit la cour, il est impossible qu'il ne se croie pas obligé en conscience de remplir la volonté de la donatrice qui n'entendait pas le gratifier lui, vu qu'elle n'avait qu'une idée fixe, celle de gratifier le couvent. On objecte contre cette doctrine qu'elle dénature le fidéicommis. Ce qui en fait l'essence, dit-on, c'est que le vrai donataire reçoive les biens des mains du donateur par l'intermédiaire d'une personne interposée. Or, quand aucun concert n'est intervenu entre le prétendu fidéicommissaire et le disposant, le donataire

(1) Paris, 27 juin 1850 (Dalloz, 1850, 2, 170). Comparez Limoges, 13 juillet 1870 (Dalloz, 1871, 2, 12).

nominal devient propriétaire des biens donnés ; si ensuite il en dispose au profit de la personne que le donateur voulait gratifier, celle-ci tiendra les biens du donataire et non du donateur; donc il n'y a point de fidéicommis. L'objection a été faite dans l'intérêt d'une congrégation religieuse devant la cour de Bordeaux; la cour y fait une réponse péremptoire. Est-ce que le donataire nominal est le véritable donataire? Non, car ce n'est pas lui que le donateur a voulu gratifier; il ne peut donc retenir une libéralité qui ne lui est pas destinée. S'il la transmet à l'incapable, est-ce de son propre mouvement et par une libre initiative? Non, car il ne fait que se conformer à l'intention connue ou présumée du disposant; partant il est un intermédiaire, il est personne interposée; il y a donc fidéicommis tacite (1).

415. La question devient douteuse, en apparence, quand le fidéicommissaire ne connaît pas les intentions du disposant, quand il doit les deviner en quelque sorte. Cependant la jurisprudence admet, même dans ce cas, qu'il y a fidéicommis tacite, et avec raison. Le législateur n'exige pas que la personne interposée connaisse les intentions réelles du testateur; et s'il l'avait exigé, rien n'eût été plus facile que d'éluder ses prescriptions. La jurisprudence en offre plus d'un exemple. Nous en citerons d'abord un où ne figure pas une association religieuse. Un mari, voulant donner à sa femme plus que le disponible, lègue ses biens à un enfant naturel non reconnu de sa femme. Le légataire nominal ne connaissait pas les intentions du testateur; mais il se trouvait dans la dépendance absolue de la personne que le disposant voulait gratifier; celui-ci était donc sûr que sa femme profiterait de la libéralité par l'influence illimitée qu'elle exerçait sur le légataire en titre; par ces motifs, la cour de Paris et la cour de cassation décidèrent qu'il y avait fidéicommis tacite (2). Un cas analogue s'est présenté pour

(1) Bordeaux, 8 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 21). Comparez Paris, 20 mai 1851 (Dalloz, 1852, 2, 289); Rejet, 17 novembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 126) et 28 mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 442).

(2) Rejet, 20 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 1, 353).

une libéralité faite à une congrégation religieuse. La testatrice avait institué légataire universelle la tourière du couvent où elle faisait son noviciat. La tourière était-elle un légataire sérieux? On disait, dans l'intérêt du couvent, qu'il n'y avait eu aucun concert entre la testatrice et la légataire. Qui pouvait le savoir? La cour de Montpellier décida que, dans l'espèce, le concert était inutile, parce que la personne interposée était placée, à l'égard de l'incapable, dans des conditions de dépendance et de subordination telles, que la testatrice avait la certitude morale que la libéralité serait recueillie par le couvent et non par la tourière. Vainement invoquait-on la volonté de la testatrice; sa vraie volonté n'était pas douteuse; ce n'est pas la tourière qu'elle avait entendu gratifier, c'est le couvent (1).

416. Il y a encore une autre considération dont il faut tenir compte quand il s'agit de libéralités faites à des congrégations religieuses. On a prétendu que ces libéralités ne s'adressaient pas aux congrégations, mais à l'œuvre qu'elles sont destinées à accomplir. A ce titre, leur incapacité se changerait en capacité, car presque toutes ont pour mission la bienfaisance ou l'instruction; elles pourraient donc toutes soutenir que les vrais légataires ce sont les pauvres; que par conséquent la libéralité est valable, sauf à voir si la congrégation a qualité pour remplir le service qui est gratifié. L'objection a été faite devant la cour de cassation. Dupin y a répondu en disant que c'est une subtilité. « On ne lègue pas à une œuvre, c'est-à-dire à une abstraction, dit le procureur général; il faut toujours que la libéralité, quel qu'en soit l'objet, aille se fixer sur la tête d'une personne capable de mettre la main dessus ou d'en profiter. Faites un legs aux pauvres, ce legs va à la commune ou à son bureau de bienfaisance; un legs aux malades, ce legs ira à l'hospice du lieu (2). » Dupin aurait pu ajouter que c'est une nouvelle fraude imaginée pour couvrir la fraude principale. Si le

(1) Montpellier, 3 mars 1853 (Dalloz, 1854, 2, 251).
(2) Rejet de la chambre civile du 3 juin 1861 et réquisitoire de Dupin (Dalloz, 1861, 1, 220).

legs est réellement fait aux pauvres, les légataires ont leur représentant légal, le bureau de bienfaisance; est-il fait pour l'instruction, la commune, la province ou l'Etat sont seuls compétents pour le recueillir, d'après notre législation; en France aussi il faut que les communautés enseignantes soient reconnues par une loi, pour qu'elles aient capacité de recevoir des libéralités. Que vient-on donc parler de libéralités faites à l'œuvre ou aux pauvres? Ce sont de nouvelles personnes interposées pour faire parvenir la libéralité à la congrégation.

Cependant cette singulière défense a parfois réussi; nous ne savons si c'est à raison des circonstances de la cause, ou si c'est par suite de la réaction catholique qui, de concert avec l'empire, a conduit la France au bord de la ruine. Un particulier conçoit le projet d'établir une école des frères de la doctrine chrétienne dans sa commune : il voulait, disent les témoins de l'enquête, procurer le bienfait de l'enseignement et celui d'une instruction morale et religieuse aux enfants de sa paroisse. Nous ajouterons qu'il voulait encore autre chose; on n'a pas besoin des frères pour donner l'instruction et l'éducation aux enfants; tandis que le testateur disait dans un écrit qui se rapportait à son testament : « J'annule le testament si ne sont pas les frères. » Nous transcrivons ses paroles, elles attestent un esprit inculte tout ensemble et dominé par les moines. Dans ses actes de dernière volonté, la même pensée se révèle : le testateur veut que ses biens servent pour l'entretien d'un établissement des frères de la doctrine chrétienne. Est-ce un fidéicommis dont les frères sont les bénéficiaires? Non, dit la cour de Toulouse. Si ce n'est pas la communauté qui doit profiter du legs, qui donc en profitera? Les légataires en nom? Oui, d'après la cour de cassation. Ils ne sont pas des légataires fictifs, dit-elle, mais des légataires réels. Vainement objecte-t-on qu'ils doivent employer les biens du défunt à l'établissement des frères de la doctrine chrétienne. La cour répond avec l'arrêt de Toulouse « que la recommandation du testateur n'imposait à ses deux légataires qu'un mandat de confiance et d'honneur de fonder une école,

mais qu'il n'en résultait pour les frères, qui devaient la diriger moyennant salaire, aucun droit ni aucune action pour contraindre les légataires à se conformer au désir du testateur (1). » Qu'est-ce à dire? et quel est, en définitive, le motif de décider de la cour? Est-ce parce que les légataires n'étaient pas légalement tenus d'employer les biens dans l'intérêt des frères que la cour juge qu'il n'y a pas de fidéicommis? Ce serait une doctrine bien dangereuse, et que l'on n'a jamais soutenue en matière de fidéicommis; ce qui le caractérise, au contraire, comme le dit le mot, c'est que le testateur s'en rapporte à la foi du fidéicommissaire; comment y aurait-il obligation là où il n'y a aucune convention, et la cour de cassation n'a-t-elle pas décidé constamment qu'il ne faut ni convention, ni concert, ni entente quelconque pour qu'il y ait fidéicommis? Dans l'espèce, il n'y avait qu'un moyen légal de valider le legs, c'était de le considérer comme étant fait à l'instruction; d'après notre législation, et malgré la désignation des frères de la doctrine chrétienne, le legs eût été attribué à la commune (n°s 200 et 203). Il faut se défier, en cette matière, de la jurisprudence française; la législation qu'elle applique diffère de la nôtre, et les tribunaux ne maintiennent pas toujours les principes avec la rigueur qu'il faut y mettre quand il y a des corporations religieuses en cause.

417. Les fidéicommis touchent encore à un autre ordre d'idées. On peut charger l'héritier institué de remettre tout ou partie des biens à un tiers, pourvu qu'il soit désigné par le testateur et capable de recevoir; c'est un legs fait sous forme de charge. Mais si celui qui doit profiter de la charge n'est pas désigné, le legs est nul, comme fait à une personne incertaine, ou parce que le choix est abandonné à l'arbitraire de l'héritier. Ce principe est consacré par la jurisprudence, et il n'est pas douteux (2). Or, le fidéicommis peut être, en réalité, un legs fait à des personnes incertaines; il sera nul, alors même

(1) Rejet, 4 avril 1865 (Dalloz, 1865, 1, 210).
(2) Limoges, 13 mai 1867 (Dalloz, 1867, 2, 81). Rejet, 13 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 197). Paris, 3 mai 1872 (Dalloz, 1872, 2, 200).

qu'il n'y aurait pas de fidéicommis proprement dit. Un cas singulier s'est présenté devant la cour de Toulouse. Un abbé, chanoine et professeur à la faculté de théologie de Toulouse, institua légataire universel un médecin de Paris qu'il connaissait à peine. Ce testament était l'œuvre de la captation du confesseur. Il est certain que le défunt n'avait pas voulu gratifier le docteur; il est tout aussi certain qu'il avait voulu gratifier son confesseur. En résultait-il que le docteur était fidéicommissaire? La cour de Toulouse jugea qu'il y avait fidéicommis. Sa décision fut attaquée, mais confirmée par un arrêt de rejet. Où est, disait le pourvoi, la charge de rendre? Le fidéicommissaire ne peut pas garder ce qui lui a été donné : à qui, dans l'espèce, le remettra-t-il? A défaut de concert, il faut au moins qu'il soupçonne, qu'il devine l'intention du testateur, et comment le docteur de Paris aurait-il soupçonné les intentions du chanoine de Toulouse qu'il ne connaissait point? La cour de cassation se retrancha derrière l'arrêt de la cour de Toulouse; le juge du fait étant souverain, la cour de cassation ne pouvait contrôler sa décision (1).

La doctrine s'est émue de cette jurisprudence, et l'a vivement critiquée (2). Il nous semble aussi difficile d'admettre un véritable fidéicommis là où l'on ne découvre pas un tiers incapable que le testateur a voulu gratifier et à qui le fidéicommissaire remettra les biens du défunt. Mais, au fond, la cour de Toulouse avait bien jugé en annulant le legs. Une fois qu'il était constaté que le docteur n'était pas le vrai héritier, il ne restait plus une personne certaine qui fût gratifiée; le legs devait tomber à défaut de légataire. Cela est aussi fondé en raison. Quand on ne sait pas qui le défunt a entendu gratifier, la volonté de disposer restant incertaine, les biens doivent passer aux héritiers légitimes. Le testament l'emporte sur la succession *ab intestat*, mais à quelle condition? Que le légataire soit connu et capable. Or, dans l'espèce,

(1) Rejet de la chambre civile du 20 avril 1847 (Dalloz, 1847, 1, 269).
(2) Pont, *Revue de législation*, 1847, t. III, p. 290 et suiv. Dalloz, au mot *Dispositions*, n°s 468 et 469.

on ne savait qui était le légataire, ni par conséquent s'il était capable.

418. Il a été jugé que l'opinion que peut avoir un donateur de l'emploi que fera probablement le donataire des objets donnés ne peut jamais être considérée comme un fidéicommis, ni comme constituant une interposition de personnes. Dans l'espèce, nous croyons que la cour a bien jugé. On attaquait la libéralité comme faite par personnes interposées à une communauté de religieuses hospitalières. Ce qui semblait donner quelque poids à la demande en nullité, c'est que les donataires avaient effectivement disposé des biens au profit de la communauté. Mais les faits et les circonstances de la cause prouvaient, d'après l'arrêt, que la donatrice n'avait pas voulu avantager les religieuses; si elle l'avait voulu, elle aurait pu le faire, puisque la congrégation était reconnue et capable de recevoir. Toutefois il y a dans l'arrêt de la cour de Caen bien des choses que nous ne saurions approuver. Les religieuses, interrogées sur l'emploi qu'elles feraient des biens donnés, déclarèrent qu'elles n'entendaient pas les employer au bénéfice de la communauté, mais les appliquer au soulagement des pauvres. Cette déclaration parut décisive à la cour. Nous doutons fort qu'elle le parût aujourd'hui que la fraude et, à sa suite, le mensonge sont devenus une habitude pour les congrégations. Nous avons une autre réserve à faire. On ne pourrait voir un fidéicommis, dit l'arrêt, dans une libéralité faite à un ecclésiastique, parce que le testateur aurait eu l'opinion que le légataire emploierait les objets légués à des œuvres de bienfaisance et de piété (1). Et si l'œuvre pie consistait à gratifier un établissement religieux incapable de recevoir? Certes, il y aurait fidéicommis; c'est même là le cas habituel du fidéicommis religieux.

(1) Caen, 31 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 468).

§ IV. *Conséquences de la fraude.*

N° 1. A QUELS CAS S'APPLIQUE L'ARTICLE 911.

419. L'article 911 déclare nulle toute disposition faite au profit d'un incapable par personnes interposées ou sous la forme d'un contrat onéreux; puis il répute certaines personnes légalement interposées. On demande si cet article s'applique à toutes les incapacités. Les auteurs français distinguent entre les incapacités absolues et les incapacités relatives. Depuis l'abolition de la mort civile et de l'incapacité qui frappait les étrangers, il ne reste plus d'autre incapacité absolue que celle qui résulte de l'interdiction légale. En Belgique, l'interdiction qui frappait les criminels condamnés à une peine afflictive ou infamante n'existe plus; on ne peut considérer comme incapacité absolue que celle des associations non reconnues; c'est le non-être, la plus forte de toutes les incapacités. Quant aux autres incapacités, on les appelle relatives, parce que les unes sont temporaires et les autres ne concernent que certaines personnes. La question est de savoir si l'article 911 s'applique à toutes les incapacités dont il est traité dans le chapitre II, absolues ou relatives.

Il faut d'abord distinguer le premier alinéa du second. Dans sa première partie, l'article 911 annule les libéralités faites à des incapables en fraude de la loi. Voilà une disposition générale de sa nature, puisqu'elle est l'application d'un principe général; il est certain que le législateur doit frapper de nullité des actes faits en fraude des prohibitions qu'il établit; la fraude à la loi entraîne nécessairement la nullité. Nous avons appliqué ce principe aux libéralités qui se font au profit de congrégations religieuses non autorisées, quoiqu'elles ne soient pas comprises dans le texte du chapitre II (n°s 161-185) · l'incapacité est radicale dans ce cas, ainsi que la nullité qui en résulte, parce que le non-être ne peut pas recevoir. Il en serait de même, d'après la législation fran-

çaise, des condamnés privés de l'exercice des droits civils Sur ce point, il n'y a aucun doute (1).

Faut-il aussi appliquer l'article 911 aux établissements reconnus qui ne peuvent recevoir qu'avec une autorisation du gouvernement? La difficulté est de savoir si la nécessité de l'autorisation implique une incapacité. Nous avons enseigné l'affirmative, en prenant appui sur le texte et sur l'esprit de la loi (n° 187). Si l'on ne peut pas donner directement sans autorisation aux établissements d'utilité publique, on ne peut non plus leur donner sous forme d'un contrat onéreux, ni par l'intermédiaire de personnes interposées. On objecte qu'il est impossible d'éluder l'autorisation : est-ce une donation déguisée, l'autorisation n'en sera pas moins nécessaire que s'il s'agissait d'une libéralité directe : a-t-on eu recours à des personnes interposées, celles-ci devront faire une nouvelle libéralité à l'établissement que l'on veut gratifier, et le donataire devra obtenir l'autorisation. Il nous semble que l'objection n'est rien moins que décisive : elle ne tient aucun compte de l'intérêt des familles, l'un des motifs pour lesquels le législateur exige l'autorisation; elle ne tient aucun compte de l'esprit de fraude qui anime les congrégations reconnues aussi bien que celles qui ne le sont pas. Sans doute, les acquisitions à titre onéreux doivent être autorisées aussi bien que les libéralités; mais le gouvernement accorde plus facilement l'autorisation pour une vente que pour une donation, parce que l'intérêt des familles n'est pas en cause; c'est donc éluder la loi et la frauder que de demander l'autorisation d'acheter, alors que le prétendu achat est une libéralité. Il en est de même des donations faites par personnes interposées : il se peut que l'autorisation eût été refusée dans l'intérêt de la famille, si le disposant avait fait la libéralité directement; tandis que ces considérations de famille peuvent ne pas exister pour la personne interposée; on élude donc encore une fois la loi et on la fraude. Enfin, il y a une rai-

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 598, note *a*. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 45, note 38.

son décisive de maintenir l'article 910 dans toute sa sévérité, et avec la sanction de nullité prononcée par l'article 911, c'est que les congrégations reconnues fraudent la loi, aussi bien que les congrégations non reconnues, pour échapper à la nécessité de l'autorisation et aux limitations qu'elle impose à leur ambition ou à leur cupidité : l'expérience journalière le prouve en France. Aussi la jurisprudence n'a-t-elle pas hésité à annuler les libéralités déguisées ou faites par personnes interposées à des congrégations reconnues (1).

420. Le deuxième alinéa de l'article 911 présume interposés : les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable. Il va sans dire que cette disposition ne peut recevoir d'application aux corporations, qu'elles soient reconnues ou non; à la vérité, ce sont les administrateurs des établissements qui acceptent, mais ce n'est pas à eux que la libéralité est faite; de sorte que leurs parents ne peuvent pas être présumés interposés, et quant à la corporation même, elle est sans famille. Mais la question se présente, sous l'empire de la législation française, pour les libéralités faites aux enfants, aux père ou mère et au conjoint d'un condamné interdit. On admet généralement que l'article 911 n'est pas applicable à ce cas, parce que l'incapacité est fondée sur une cause de défaveur toute personnelle à celui qui en est frappé, et par conséquent étranger à la liberté du disposant (2). Cela nous paraît douteux, mais la question ne se présentant plus sous notre nouveau code pénal, nous la laissons de côté. L'article 911 s'applique sans difficulté aucune aux incapacités relatives dont il est traité dans les articles 901 et suivants (3). Mais comme les présomptions légales sont de stricte interprétation, on ne

(1) Voyez, plus haut, n° 414, et les autorités citées par Demolombe, t. XVIII, p. 648, n° 631. En sens contraire, Bayle-Mouillard sur Grenier, p. 599; Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 476; Angers, 27 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 2, 92). Comparez Rejet, 5 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Culte*, n° 665).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 446, note 64 du § 649, et les auteurs qui y sont cités.

(3) Coin-Delisle, p. 115, n° 17 et 18. Grenier, t. I, p. 599-601, n° 132. Demolombe, t. XVIII, p. 669, n° 646. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 352.

pourrait pas étendre les présomptions d'interposition de l'article 911 à des incapacités non prévues par le chapitre II : telle est l'incapacité dont sont frappés les officiers maritimes (n° 359) (1), et à plus forte raison celles qui seraient établies par les conventions des parties contractantes.

La jurisprudence a appliqué ces principes dans l'espèce suivante. Une mère donne à ses deux enfants, par leur contrat de mariage, tous ses biens présents et à venir; elle se réserve le droit de disposer de certains immeubles en faveur de qui bon lui semblera, sauf au profit de ces mêmes enfants, en s'interdisant d'avantager l'un au préjudice de l'autre. Peut-elle donner les immeubles aux enfants de l'un des donataires? ou ceux-ci seront-ils présumés interposés en vertu de l'article 911? Il ne peut être question d'une présomption d'interposition pour des incapacités résultant de conventions particulières, puisqu'il n'y a pas de présomption sans texte. Est-ce à dire que les parties intéressées ne seraient pas recevables à prouver qu'il y a interposition de fait? La preuve de l'interposition est admissible dans tous les cas où il y a incapacité. C'est l'application du principe général qui ne permet pas de faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement (2).

N° 2. DE L'ACTION EN NULLITÉ.

421. L'article 911 dit que les libéralités déguisées ou faites par personnes interposées, au profit d'un incapable, sont nulles. En quel sens y a-t-il nullité? Le mot *nul* signifie d'ordinaire annulable; parfois il marque que l'acte n'a pas d'existence aux yeux de la loi (art. 1601). Est-ce que les libéralités faites en fraude de la loi sont nulles ou inexistantes? Il faut distinguer si l'incapacité est d'ordre public ou d'intérêt privé. Quand elle est d'ordre public, il y a plus que nullité, la libéralité n'existe pas, elle ne

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 671, n° 647, et les auteurs qu'il cite.
(2) Besançon, 16 mars 1857 (Dalloz, 1857, 2, 137). Bruxelles, 4 août 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 101).

peut produire aucun effet. La jurisprudence des cours de Belgique applique ce principe aux dons et legs faits au profit de congrégations religieuses non autorisées (n° 182); un non-être ne peut recevoir, et ce qu'il reçoit doit être non existant, comme le néant auquel la libéralité est adressée. La jurisprudence française applique le même principe aux libéralités déguisées ou par personnes interposées faites à des congrégations reconnues; dans ce cas, la fraude a pour but d'échapper à la nécessité de l'autorisation, et comme l'autorisation est d'ordre public, on décide, avec raison, que l'acte qui fait fraude à une loi d'ordre public « est par cela même frappé d'une nullité radicale, et ne saurait produire aucun effet (1). »

Il résulte de là une conséquence très-importante, c'est que l'on doit appliquer, dans ces cas, les principes qui régissent les actes non existants. La donation inexistante ne donne pas lieu à une action en nullité, ni à une prescription quelconque, sauf celle qu'un tiers détenteur peut invoquer en vertu de l'usucapion ou de la prescription acquisitive. En effet, quand l'acte est inexistant, on n'agit pas en nullité, car on ne demande pas la nullité du néant; on revendique, et le propriétaire ou ses héritiers peuvent revendiquer tant que la propriété n'est pas prescrite contre eux. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 183) (2).

Les mêmes principes reçoivent-ils leur application quand la nullité n'est point d'ordre public? Il y a un cas dans lequel la question n'est pas douteuse, c'est quand la libéralité est seulement réductible. Telles sont les dispositions faites au profit des enfants naturels; ils sont capables de recevoir dans les limites de la loi; quand ces limites sont dépassées, il y a lieu à réduction plutôt qu'à annulation. Il ne peut donc pas s'agir d'une nullité radicale, c'est-à-dire de la non-existence de la libéralité; elle a une existence légale, puisqu'elle est valable dans les limites de la loi; dès lors il faut que les parties intéressées agissent pour demander l'annulation partielle de la

(1) Montpellier, 24 août 1854 (Dalloz, 1855, 2, 114).
(2) Aubry et Rau disent, en termes trop absolus, que l'action en nullité se prescrit par trente ans (t. V, p. 451, § 649).

libéralité; et partant il y a lieu d'appliquer les principes généraux qui régissent la prescription. Quant aux autres incapacités relatives, elles entraînent la nullité de toute la disposition. En faut-il conclure que la nullité est radicale? Nous croyons que non : l'ordre public est hors de cause, et les intérêts particuliers sont suffisamment sauvegardés par l'action en nullité. Pourquoi une libéralité qu'un malade fait à son médecin serait-elle inexistante? Elle peut avoir une cause très-légitime, l'amitié du disposant; la famille même peut reconnaître la validité du don, pourquoi donc le législateur le déclarerait-il nul de plein droit? C'est une question d'intérêt privé qu'il faut abandonner à l'appréciation des parties intéressées. Il y a cependant un motif de douter. Le disposant a voulu faire fraude à la loi; ne faut-il pas punir la fraude, en privant de tout effet la disposition frauduleuse? Nous répondons que la nullité suffit pour sauvegarder le respect dû à la loi. Et alors même que le législateur aurait poussé la sévérité jusqu'à déclarer la libéralité non existante, il ne pourrait empêcher les héritiers de l'exécuter ou de faire une libéralité nouvelle. Toujours est-il que, dans une matière aussi difficile que celle des actes inexistants, on ne peut admettre l'inexistence qu'en vertu d'un texte de loi; or, nous ne connaissons pas de texte ni de principe qui demande que les libéralités d'intérêt privé soient déclarées non existantes quand le disposant a tenté de faire fraude à la loi. C'est l'opinion générale; pour mieux dire, les auteurs ne discutent pas la question; ils admettent tous qu'il y a lieu à l'action en nullité.

422. Qui peut agir en nullité? On qualifie d'ordinaire d'action en nullité, non-seulement celle qui tend à l'annulation de l'acte, mais aussi celle qui a pour objet de faire déclarer qu'un acte est inexistant. Dans cette dernière hypothèse, il est évident que l'action peut être intentée par toute partie intéressée : c'est, à vrai dire, une action en revendication, si la libéralité a été exécutée, et cette action appartient au propriétaire et à ses ayants cause. Que si la libéralité n'a pas été exécutée, toute action est inutile, en ce sens que la partie intéressée peut toujours

repousser par une exception la demande fondée sur un acte non existant, et sans qu'on puisse lui opposer aucune prescription. Nous reviendrons sur cette matière au titre des *Obligations*. Quant à l'action en nullité proprement dite, elle peut être intentée par celui dans l'intérêt duquel elle est établie s'il s'agit d'une nullité d'intérêt purement privé, et par toutes les parties intéressées quand il y a un intérêt général en cause. Tel est le droit commun. Le principe est certain, mais l'application n'est point sans difficulté.

Quand y a-t-il un intérêt général en cause? Il ne s'agit pas de l'ordre public qui, s'il est violé, entraîne l'inexistence de l'acte. Dès lors on ne peut considérer comme intérêt général que le défaut de liberté du disposant. Dans les cas prévus par les articles 907 et 909, tous ceux qui ont intérêt à opposer ce défaut de liberté peuvent agir, parce que la liberté d'esprit est une condition essentielle pour la validité de la donation. Pour faire une donation ou un testament, dit l'article 901, il faut être sain d'esprit; or, dans l'espèce, le disposant est présumé n'être point sain d'esprit. Donc toute partie intéressée peut attaquer la libéralité.

Il n'en est pas de même de l'incapacité de l'enfant naturel. Elle est établie uniquement dans l'intérêt de la famille légitime. Il faut donc appliquer le principe qui ne permet d'agir en nullité qu'à celui dans l'intérêt duquel la nullité est établie; par conséquent les héritiers légitimes ont seuls le droit d'agir (1).

473. C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si le donateur peut agir en nullité. La question ne se présente que dans les cas prévus par les articles 907 et 908, puisque l'incapacité du malade et de son médecin ne peut être constatée qu'à la mort du disposant. Si le mineur, devenu majeur, fait une donation à son tuteur avant que le compte ait été rendu et apuré, il pourra en demander la nullité. Cela n'est point douteux, puisque la présomption de captation sur laquelle la nul-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 449, notes 72 et 73 du § 649.

lité est fondée a pour objet de garantir la liberté du pupille (1). Si le donateur peut demander la nullité, ses ayants cause ont le même droit; partant l'action appartient aux créanciers et aux successeurs universels du disposant.

Le père qui aurait fait une donation à son enfant naturel, sous la forme d'un contrat onéreux ou sous le nom d'une personne interposée, a-t-il aussi le droit d'agir? Ce n'est pas dans son intérêt que l'incapacité et la nullité sont établies, c'est plutôt contre lui, pour honorer la famille à laquelle le disposant veut sacrifier l'enfant né de relations illégitimes. La conséquence rigoureuse du principe est que les héritiers ont seuls droit d'agir en nullité. Cette solution n'est pas douteuse lorsque les héritiers viennent à la succession. Mais que faut-il décider si le défunt a institué un légataire universel? Il y a encore un cas dans lequel les héritiers, quoique exhérédés, ont le droit d'agir, c'est quand l'exhérédation a eu pour but d'empêcher l'action des héritiers, c'est-à-dire quand le legs universel n'est pas sérieux. Nous en avons vu des exemples en traitant de l'incapacité des congrégations religieuses non autorisées (n° 173). Le principe recevrait son application, sans difficulté aucune, si le père d'un enfant naturel instituait un légataire universel pour mettre ses héritiers légitimes dans l'impossibilité d'agir (2). Mais quand le legs universel est sérieux, les héritiers exclus de l'hérédité n'ont aucun intérêt à demander la nullité, parce que l'annulation de l'acte ne leur profiterait point (3). Que faut-il donc décider si le père de l'enfant naturel qui lui a fait des libéralités excessives institue un légataire universel? La question est controversée, et il y a quelque doute. On doit appliquer les principes que nous venons de poser et qui sont admis par la doctrine et par la jurisprudence. Les héritiers légitimes ne peuvent pas agir, parce qu'ils sont exclus de l'hérédité, partant sans intérêt

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 616.
(2) Demolombe, t. XVIII, p. 705, n° 688.
(3) Rejet du 17 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 289) et du 8 mars 1857 (Dalloz 1857, 1, 198).

On objecte que les biens dont le père n'a pu disposer au profit de son enfant naturel leur sont réservés, et que, quoique exhérédés, ils peuvent réclamer cette réserve. Non, ces biens ne leur sont point réservés, car le défunt en a pu disposer au profit de tout autre que de l'enfant naturel. Quant au légataire universel, il est sans qualité pour agir en nullité, car ce n'est pas dans son intérêt que la loi établit la prohibition et la nullité de l'article 908. Vainement dit-on que l'action fait partie de l'universalité qui lui a été léguée. M. Demolombe, qui fait valoir cet argument, oublie ce que lui-même enseigne, à savoir, que le père n'a point l'action en nullité ou en réduction, elle ne se trouve donc pas dans son patrimoine, et par suite elle ne peut passer avec ce patrimoine au légataire. Troplong donne encore de plus mauvaises raisons. Dès qu'il y a des parents légitimes, dit-il, l'enfant naturel est incapable. Cela n'est pas exact; les parents légitimes n'excluent l'enfant naturel que s'ils viennent à la succession; s'ils renonçaient, certes l'enfant naturel recueillerait toute l'hérédité. Troplong ajoute que le légataire universel est subrogé, par la volonté du testateur, au droit des parents. Voilà un droit tout à fait imaginaire. Comment le testateur peut-il subroger à un droit qu'il n'a point? et à un droit que les héritiers, dans l'espèce, n'ont point (1)?

424. Ceux qui ont l'action en nullité peuvent-ils y renoncer en confirmant la libéralité ou en l'exécutant? Il faut distinguer si la libéralité est frappée d'inexistence, comme contraire à l'ordre public, ou si elle est seulement annulable. Dans le premier cas, la confirmation ne se conçoit pas, car on ne confirme pas le néant, et les particuliers ne peuvent renoncer à ce qui est d'ordre public.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 449, note 73 du § 649. Paris, 16 juin 1838 (Dalloz, 1838, 2, 187). En sens contraire, Troplong, t. I, p. 219, n° 634 de l'édition belge; Demolombe, t. XVIII, p. 717, n° 705. La cour de cassation a rendu un arrêt en ce sens, sous la présidence de Troplong (Cassation, 7 avril 1865, Dalloz, 1865, 1, 49). Il y a un arrêt de Lyon, du 23 mars 1855 (Dalloz, 1856, 2, 3), fondé sur ce que la nullité étant d'ordre public, l'action appartient à tous ceux qui y ont intérêt. Dès qu'il s'agit d'enfants naturels, l'incertitude aboutit à une véritable anarchie.

Nous avons appliqué ce principe aux libéralités qui se font au profit des corporations religieuses non reconnues (n° 183). Il faut l'appliquer également aux libéralités qui se feraient, en fraude de la loi, aux corporations reconnues, pour échapper à là nécessité de l'autorisation. Qu'on les considère comme non existantes ou comme nulles, peu importe; toujours est-il qu'une loi d'ordre public a été violée, dès lors la confirmation et la renonciation deviennent impossibles. Vainement les héritiers exécuteraient-ils la libéralité; ils ne peuvent pas plus que le défunt donner à une corporation non reconnue ou non autorisée.

Il en est autrement des nullités qui ne sont établies que dans un intérêt privé; elles se couvrent en principe par la confirmation. Telle est l'incapacité de l'enfant naturel et la nullité qui en résulte. Il a été jugé que les héritiers légitimes ne peuvent plus demander la réduction des libéralités excessives que le père a faites à l'enfant naturel, quand ils les ont confirmées expressément ou tacitement (art. 1340). On objecte que c'est dans l'intérêt du mariage, donc par des considérations d'ordre public et de moralité, que la loi a limité la portion de biens que l'enfant naturel peut recevoir de son père. Il y a sans doute un élément d'ordre public dans la prohibition de l'article 908, mais ce qui y domine, c'est l'intérêt des parents légitimes avec lesquels l'enfant naturel concourt; sa part augmente selon qu'il est en concours avec des collatéraux ou des ascendants; il recueille même toute l'hérédité à défaut d'héritiers légitimes : preuve que l'ordre public ne demande pas l'exclusion ni l'incapacité de l'enfant naturel; la prohibition n'a qu'un caractère relatif qui permet de renoncer au bénéfice de la nullité qu'elle entraîne (1).

425. Nous avons toujours supposé que la libéralité faite à l'enfant naturel est nulle en ce sens qu'elle est sujette à réduction en tant qu'elle excède la quotité de biens

(1) Toulouse, 7 février 1844 (Dalloz, 1845, 2, 23). Aubry et Rau, t. V, p. 450, et notes 74 et 75 du § 649. Il a été jugé en sens contraire que l'incapacité de l'enfant naturel est d'ordre public (Lyon, 23 mars 1855, Dalloz, 1856, 2, 3).

qu'il peut recevoir. La question est cependant controversée. Il y a une doctrine dans laquelle on distingue entre les donations indirectes et celles qui sont faites en fraude de la loi, par personne interposée ou sous la forme d'un contrat onéreux; on déclare les premières valables, mais réductibles, tandis qu'on annule les secondes pour le tout. Nous examinerons cette théorie quand nous traiterons des donations entre époux; c'est là qu'est le siége de la matière, parce que c'est l'article 1099 qui a soulevé la difficulté. Il nous semble que l'on ne peut pas interpréter l'article 911 par l'article 1099; le législateur montre une sévérité particulière pour les libéralités qu'un conjoint fait à l'autre en cas de second mariage; l'article 1099 a, sous ce rapport, un caractère exceptionnel qui ne permet pas d'en étendre les dispositions. Si l'on s'en tient à l'article 911, la question n'est guère douteuse. La loi établit une sanction pour empêcher qu'on n'élude les prohibitions qu'elle consacre; or, la sanction ne peut pas dépasser la prohibition; quand la prohibition est totale, la sanction aussi doit entraîner la nullité totale; quand il n'y a pas incapacité proprement dite, mais seulement une limite à l'incapacité de recevoir, la sanction ne saurait avoir d'autre objet que de garantir que cette limite ne soit dépassée. Telle est l'incapacité qui frappe l'enfant naturel; il est capable de recevoir, et ne devient incapable qu'au delà d'une certaine limite. En quel sens donc la loi déclare-t-elle nulle les libéralités qui lui sont faites sous forme d'un contrat onéreux ou par personne interposée? En tant que ces libéralités excèdent la quotité de biens que le père peut lui donner. Dira-t-on que le père a voulu frauder la loi et que le législateur punit cette fraude, en annulant la libéralité tout entière? Nous répondons que cette rigueur excessive n'aboutirait à rien. Supposons que la libéralité soit annulée pour le tout : l'enfant se présentera à la succession *ab intestat* et y prendra la quotité de biens que la loi lui attribue, et qu'elle permet aussi de lui donner. Nous disons que cette rigueur serait excessive en principe; en effet, si elle pouvait être efficace, elle retomberait sur l'enfant naturel, qui peut très-bien n'être

pas complice de la fraude. Une sanction pareille serait injuste; nous n'en voyons aucune trace dans le texte, ni dans les travaux préparatoires (1).

426. Quel est l'effet de l'annulation? On applique les principes généraux qui régissent l'annulation; nous les exposerons au titre des *Obligations*. Nous avons déjà décidé la question en ce qui concerne les fruits, en traitant des effets de la possession (2).

CHAPITRE III.

DES CONDITIONS RÉPUTÉES NON ÉCRITES.

§ Ier. *Principe.*

No 1. MOTIFS DU PRINCIPE.

427. Le donateur peut ajouter à sa libéralité les conditions ordinaires, suspensive et résolutoire; il n'y a sous ce rapport aucune différence entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux; on applique donc à la donation conditionnelle les principes généraux que nous exposerons au titre des *Obligations*. De même le testateur peut faire des legs sous condition; nous traiterons des legs conditionnels au chapitre des Legs. Il y a des conditions qui vicient et annulent les donations et les testaments : telle est la charge de conserver et de rendre que le code prohibe d'une manière absolue, sous le nom de substitution (art. 896) : telles sont encore les condi-

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 694, no 679. Comparez arrêt de rejet du 22 mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 448). En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 445 et 624; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 615 note *d*, no 136.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 314, no 240.

tions qui rendraient la donation révocable (art. 944-946). Nous reviendrons sur cette matière. Enfin il y a des conditions qui, ajoutées à un contrat onéreux, le vicient et l'annulent; tandis que, dans les donations et les testaments, le législateur les efface et maintient la disposition. L'article 900 porte : « Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. » Dans les contrats, au contraire, « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend » (art. 1172). L'article 900 déroge au principe établi par l'article 1172; quelle est la raison de cette exception?

428. Dans l'ancienne jurisprudence, les donations étaient régies par les mêmes principes que les contrats onéreux; elles étaient nulles si le donateur y ajoutait une condition impossible ou illicite. Il n'en était pas de même dans les testaments; conformément au droit romain, les conditions impossibles ou illicites qui s'y trouvaient étaient réputées non écrites; on les effaçait, tout en maintenant le legs. Il nous faut donc voir quelle est la raison de la différence que l'on faisait, en droit romain, entre les testaments et les contrats; puis nous dirons pourquoi les auteurs du code civil ont étendu le principe romain aux donations.

Les raisons que l'on donne pour justifier la différence qui existe entre l'effet des conditions impossibles et illicites, selon qu'on les ajoute à un contrat ou à un testament, sont assez mauvaises. Si dans un contrat, dit-on, les parties ajoutent une condition impossible ou illicite, c'est qu'elles ne veulent pas traiter sérieusement, elles font un badinage, et un badinage n'est pas un contrat. Celui qui teste, le fait en vue de la mort; badine-t-on alors que l'on va mourir, ou que l'on pense à la mort? Si le testateur lègue sous une condition impossible ou illicite, il faut croire que cette condition s'est glissée par erreur dans ses dispositions; on doit donc l'effacer comme n'étant pas l'expression de la volonté du défunt. Ainsi le

motif d'une différence si considérable serait une présomption d'erreur. Nous laissons de côté les conditions impossibles que l'on ne rencontre guère dans la réalité. Restent les conditions illicites; est-il vrai qu'elles ne sont pas sérieuses? Non, certes; ce qui le prouve, c'est que souvent le testateur les confirme par une espèce de peine, en déclarant qu'il annule sa disposition si la condition n'est pas remplie; et quand cette clause irritante n'est pas exprimée, elle est sous-entendue. On scinde donc la volonté du testateur, c'est-à-dire qu'on la méconnaît en maintenant la libéralité qui, dans sa pensée, était subordonnée à l'accomplissement d'une condition que l'on efface (1).

Doneau, le grand jurisconsulte du XVIe siècle, donne une meilleure raison. Le testateur veut faire une libéralité, c'est là son but essentiel, c'est pour cela qu'il teste; donc il ne veut pas de la succession *ab intestat*. Or, qu'arriverait-il si l'on admettait que les conditions illicites annulent son testament? Les biens passeraient aux héritiers qu'il a voulu exclure. S'il avait su que la condition qu'il met à son legs en entraînerait la nullité, certes il l'aurait effacée. Le législateur doit faire ce que le testateur eût fait, effacer la condition et maintenir la libéralité (2). L'argumentation a une apparence plus juridique; en réalité, elle est tout aussi faible. Sans doute il faut s'en tenir à la volonté essentielle du testateur; mais qui nous dit que la condition qu'il a mise à son legs ne soit pas essentielle? Toute condition l'est, puisqu'il est de l'essence de toute condition de subordonner l'existence de la disposition à l'accomplissement de la condition. De quel droit l'interprète décidera-t-il que les conditions illicites ne sont pas essentielles? De quel droit les effacera-t-il en présumant que le testateur les eût effacées? La condition et la disposition forment un tout indivisible. Vainement dit-on qu'en les divisant le législateur ne fait qu'exécuter la volonté du testateur; l'expérience de tous les jours donne un démenti à cette présomption. Tous les jours les

(1) Toullier, t. III, 1, p. 153, n°s 244 et 245; Duranton, t. VIII, p. 110, n° 103; Troplong, t. I, p. 90, n° 212.
(2) Donelli *Commentar.* XI, 18, 16.

testateurs essayent de subordonner leurs dispositions à des conditions que la loi réprouve; ils le font sciemment, à ce point qu'il a été jugé qu'ils tiennent à la condition illicite plus qu'à la disposition (n° 267). Et on présumera néanmoins qu'ils auraient effacé la condition, pour que la disposition reste valable! Fiction que tout cela. Reste à savoir s'il y a des cas dans lesquels cette fiction doit être admise. Nous répondrons plus loin à la question.

429. Toullier dit que les jurisconsultes philosophes, tels que Grotius, qui ne restent pas servilement attachés aux décisions du droit romain, comme un serf à la glèbe, rejettent la distinction qu'il établit entre les dispositions testamentaires et les conventions soumises à une condition impossible. Comment donc se fait-il que les auteurs du code civil ont encore étendu le principe romain, en l'appliquant aux donations? En ce point l'article 900 est en opposition avec l'article 1172. La donation est un contrat; quand la donation est affectée d'une condition, on applique les règles générales qui régissent les contrats conditionnels. Pourquoi le législateur y déroge-t-il pour les conditions impossibles et illicites? On répète pour la donation ce que Doneau dit des testaments : la condition est une clause accessoire, il faut l'effacer quand elle aurait pour effet d'annuler la disposition principale. Nous demanderons pourquoi la condition est présumée accessoire dans les donations, tandis qu'elle est essentielle dans les contrats onéreux; la condition change-t-elle de nature suivant qu'elle est ajoutée à tel contrat plutôt qu'à tel autre? On dit que les donations diffèrent des autres contrats en ce que le rôle du donataire y est purement passif; il ne stipule pas, il ne discute pas, il ne traite pas, il reçoit un bienfait, et il est moralement obligé de se soumettre à la volonté du donateur (1). Qu'il s'y soumette en tout ce qui est honnête et licite, soit; mais si on veut lui imposer une condition contraire aux lois ou aux mœurs, il doit résister, sinon il se fait complice; dès lors il n'y a

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 246, n° 204. Comparez p. 239, n° 200, et les auteurs qui y sont cités.

plus aucune différence entre la donation et les contrats onéreux.

430. On chercherait vainement des motifs juridiques qui justifient la différence que la loi établit entre les donations et les contrats à titre onéreux. A vrai dire, ce n'est pas par des motifs de droit que le législateur français a assimilé les donations et les testaments. Il a trouvé cette assimilation dans les lois de la révolution, et il l'a maintenue en la généralisant. Transcrivons d'abord les lois révolutionnaires et les motifs qui les ont fait porter. La loi des 5-12 septembre 1791, relative aux clauses impératives ou prohibitives insérées dans les *testaments, donations* et *autres actes,* est ainsi conçue : « Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la *liberté religieuse* du donataire, heritier ou légataire, qui gênerait la *liberté* qu'il a, soit de se marier même avec une telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions deférées par la constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. » Cette disposition fut reproduite par les lois du 5 brumaire an II (art. 1) et du 27 nivôse an II (art. 12). Elle était empruntée à un projet de loi sur les successions que l'assemblée constituante n'eut pas le temps de discuter. C'est dans une de ses dernières séances, le 5 septembre 1791, que Barère proposa de détacher l'article 32 du projet présenté par le comité de constitution : « Ce n'est pas moi seulement, dit-il, qui réclame l'adoption de cet article, c'est *la constitution elle-même,* c'est la nécessité d'*assurer ses maximes* et d'*affermir son esprit;* c'est le moyen d'arrêter les effets malheureux de l'*intolérance civile et religieuse;* c'est le besoin de poser de justes bornes aux *préjugés* et au *despotisme* de quelques citoyens qui, ne pouvant se plier aux principes de l'*égalité politique* et de la *tolérance religieuse,* proscrivent d'avance, par des actes protégés par la loi, l'*exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants avec des femmes qu'ils appelaient roturières,* ou avec des personnes *qui exercent un autre culte,* ou qui *ont une*

autre opinion politique. On voit tous les jours faire des testaments par lesquels des pères, en instituant des héritiers, leur imposent des conditions contraires à la *liberté civile*, à la *tolérance religieuse* ou à l'égalité constitutionnelle. On voit que ce n'est là qu'un moyen donné par la *loi civile et ancienne*, pour échapper à l'empire de la *loi politique et moderne*; que ce n'est là qu'une *subversion des maximes de la constitution* par des testaments ou donations, car ces bienfaits mêmes sont empoisonnés par le souffle *intolérant et aristocratique*. Craignez, s'écria l'ardent révolutionnaire, craignez que, du sein de cette révolution même, la loi prête son secours aux opinions *ennemies de l'égalité et de la liberté* que vous avez établies; craignez que le *père fanatique*, le *testateur intolérant*, le *donateur ennemi de la constitution* frappent à leur gré d'exhérédation des enfants ou des légataires; craignez que les testateurs et les donateurs chargent de conditions impératives ou prohibitives des droits et des dons que la loi doit dégager de *vieux préjugés*. Autrement la *constitution sera violée impunément*; la *haine de la révolution* se cachera sous les formes respectables de la volonté des mourants ou de la générosité des donateurs; enfin l'*aristocrate*, l'*intolérant* et l'*ennemi des principes de notre constitution* commanderont encore dans le tombeau. C'est à vous de faire cesser une contradiction aussi frappante entre les *lois politiques* et les *lois civiles*, entre les *volontés particulières* et la *volonté générale* : la *constitution seule doit triompher* (1). »

On a vivement critiqué cette extension inintelligente du principe romain (2). Comme doctrine juridique, la loi de 91 ne saurait être approuvée. Mais il ne s'agissait pas de droit pendant la révolution; le droit privé servait d'instrument pour attaquer le droit public, les libéralités devenaient un moyen de ruiner la révolution. Qu'importait, dans cet état de choses, que les dispositions fussent des donations ou des testaments? Le législateur avait par-

(1) *Moniteur* du 6 septembre 1791.
(2) Marcadé, t. III, p. 397, n° II de l'article 900.

faitement raison de mettre les unes et les autres sur la même ligne, puisque les unes et les autres servaient d'armes aux contre-révolutionnaires pour battre en brèche les idées de 89. Est-ce à dire que ces lois ne soient que des actes de circonstances, et qu'aujourd'hui elles n'aient plus de raison d'être? La lutte des hommes du passé contre les principes de 89 dure toujours, elle est plus ardente que jamais. Seulement elle a changé de drapeau; c'est l'Eglise, incarnation du passé, qui s'est emparée des idées de liberté pour dominer, sous ce masque, la société civile. Les libéralités lui servent à reconstituer son patrimoine et à ressaisir son influence. Faut-il lui laisser la liberté dont elle se fait un instrument pour tuer la plus précieuse de nos libertés, la liberté de penser? Nous avons dit, en traitant des corporations religieuses, que le législateur belge avait maintenu le principe de l'article 900 en matière de fondations, et nous avons essayé de le justifier au point de vue politique (n°s 263, 264). A notre avis, l'article 900 consacre un principe d'une vérité éternelle dans son application aux lois d'ordre public. A tous ceux qui abusent du droit de disposer à titre gratuit, pour ruiner les bases de l'ordre social, le législateur sera en droit de dire : « J'annule ce qu'il y a d'illicite dans vos dispositions, et je maintiens la disposition. Vous faites une libéralité, en apparence dans l'intérêt de la charité ou de l'instruction, en réalité pour ressusciter les abus d'un autre âge. Je donne à votre donation, à votre testament le seul effet que légalement votre volonté puisse avoir, en consacrant votre libéralité au service de la bienfaisance et de l'instruction publiques. Quant aux conditions que vous y ajoutez, je les efface, parce que la volonté illicite de l'individu ne saurait l'emporter sur le droit de conservation de la société. »

431. Si on laisse de côté les lois politiques pour ne considérer que les dispositions d'intérêt privé, la critique que la plupart des auteurs font de l'article 900 est parfaitement fondée. Nous entendons parler, non-seulement de l'assimilation que la loi fait entre les donations et les testaments, mais de la règle telle qu'elle nous a été trans-

mise par le droit romain. Toullier n'a pas tort de dire que les jurisconsultes modernes sont restés trop longtemps attachés au droit romain comme des serfs à la glèbe. Là est l'inintelligence, que l'on reproche à tort aux législateurs de la révolution. Tout ce qui est écrit dans les textes du Digeste passait pour raison écrite. On ne se demandait pas si beaucoup de ces principes, que l'on admirait aveuglément, n'avaient pas leur source dans des idées politiques ou civiles qui ne sont plus les nôtres. La faculté de tester n'est plus aujourd'hui ce qu'elle était à Rome. Chez les Romains, c'est Furgole qui le dit, le testateur était un souverain que la loi plaçait au milieu de sa famille, pour la régler et lui faire la loi suivant sa volonté. Il y avait des interprètes qui mettaient la puissance du testateur au-dessus de la loi. Furgole combat cette fausse doctrine (1); elle prouve jusqu'où allait le pouvoir de tester, pouvoir très-logique, dans les idées romaines, puisque le père de famille exerçait un droit de propriété absolu sur les personnes et les choses. Nous ne connaissons plus la majesté du père de famille; elle s'en est allée avec les autres majestés. Qu'est-ce que le droit de tester dans notre droit moderne? Domat nous le dit : c'est une exception à la règle. La succession *ab intestat* est la règle, elle est l'œuvre de la nature; c'est Dieu qui fait les héritiers, disent nos vieilles coutumes. Si la loi permet au propriétaire de disposer de ses biens dans une certaine mesure, c'est qu'il peut y avoir des cas où il convient de faire exception à la règle. Dans ces cas rares, le testateur corrige ce qu'il y a de relativement inique dans la loi; il est censé plus sage que le législateur. C'est dire que ses dispositions doivent toujours être dictées par la raison. En est-il ainsi quand il ajoute à sa volonté des conditions impossibles ou illicites? Le testateur qui impose au légataire des conditions que la nature, la morale ou l'ordre social réprouvent, se montre-t-il plus sage que le législateur? la loi doit-elle sanctionner des actes qui sont dirigés contre elle, ou qui n'ont pas de sens, selon que la

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. VII, n° 3, 7 et suiv. (t. II, p. 4 et suiv.).

condition est illicite ou impossible? Evidemment des dispositions pareilles ne répondent pas au but dans lequel le législateur permet au propriétaire de disposer de ses biens. C'est dire que l'on n'est pas dans l'exception, partant on rentre dans la règle; il faut laisser là la succession testamentaire pour revenir à la succession *ab intestat*. Scinder la disposition, comme le fait l'article 900, c'est méconnaître la volonté du disposant, puisqu'on efface une condition d'où il faisait dépendre l'existence même de sa libéralité. La maintenir, c'est déroger à la succession *ab intestat*, contrairement aux prévisions du législateur. Si le droit romain effaçait la condition et validait néanmoins la disposition, c'est sous l'influence d'idées qui ne sont plus les nôtres. Les Romains tenaient à faire acte de puissance en mourant, ils voulaient mourir en maîtres comme ils avaient vécu. De là l'importance extrême qu'ils attachaient à ne pas mourir sans avoir testé, et par suite à ce que leur testament fût maintenu. De là la faveur excessive que les lois accordaient aux dernières volontés. Le testament menaçait-il de tomber, à cause d'une condition impossible ou illicite, on effaçait la condition et on maintenait la disposition. Est-ce qu'aujourd'hui nous estimons encore qu'il y a déshonneur à mourir intestat? Ce n'est certes pas là l'esprit que nous avons hérité de nos ancêtres qui ne connaissaient pas même le testament et qui rapportaient à Dieu la succession *ab intestat*. Donc il n'y a pas lieu de maintenir malgré le disposant un acte qui viole les lois, les mœurs ou la nature; l'article 900 n'a plus de raison d'être dans nos mœurs. Il n'est juste que dans les dispositions qui concernent l'ordre public.

N° 2. LE PRINCIPE DE L'ARTICLE 900 EST-IL ABSOLU?

432. Les jurisconsultes romains avouaient qu'il y avait telles conditions impossibles qui faisaient douter de la raison de celui qui les imposait, et malgré leur respect pour la volonté du testateur, ils n'allaient pas jusqu'à valider le testament quand le testateur n'était pas sain d'es-

prit (1). A plus forte raison en est-il ainsi dans notre droit moderne (2). Ces conditions qui par leur impossibilité attestent que le disposant ne jouit pas de sa raison sont-elles empruntées à la vie réelle, ou est-ce une imagination des interprètes? Nous les énumérerons plus loin. Il est certain qu'on ne les rencontre pas dans les débats judiciaires; ce serait presque se rendre coupable de folie que de discuter la valeur de conditions plus ou moins folles. Certes l'article 900 ne déroge pas à l'article 901; si réellement la condition prouve la folie du disposant, la disposition tout entière sera nulle.

433. L'article 900 s'applique à « toute disposition entre-vifs ou testamentaire. » Il ne reçoit pas d'application quand la prétendue libéralité est un acte à titre onéreux; ces actes sont régis par l'article 1172, aux termes duquel les conditions impossibles et illicites rendent nulle la convention qui en dépend. C'est au juge à examiner s'il y a donation ou contrat onéreux. On a soutenu que les donations mutuelles entre époux, surtout faites par contrat de mariage, avaient le caractère d'actes à titre onéreux; elles sont, en effet, comprises dans un contrat onéreux, mais elles ne prennent pas la nature des conventions matrimoniales. Quoique faites par contrat de mariage, les libéralités restent des actes à titre gratuit, donc elles sont soumises au principe de l'article 900 (3). Mais si la donation présente les caractères d'un contrat commutatif, il y a lieu d'appliquer l'article 1172. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Une mère tutrice fait une donation à ses filles, sous la condition que celles-ci, devenues majeures, ne critiqueront pas le compte de tutelle qui leur avait été rendu sans l'observation des formalités prescrites par l'article 472. La condition était évidemment illicite; mais fallait-il appliquer l'article 900 ou l'article 1172? Il ne s'agissait pas d'une pure libéralité; ce qui le prouve, c'est que les enfants prétendirent

(1) Modestinus, l. 27, D., *de condit. instit.* (XXVIII, 7).
(2) Demante, t. IV, p. 36, nº 16 *bis* VII. Demolombe, t. XVIII, p. 250, nº 206.
(3) Rejet de la chambre civile du 10 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 337).

que la succession de leur père présentait un actif de 186,000 francs, tandis qu'elle ne figurait dans le compte que pour 103,000 francs. Les enfants abandonnaient donc une partie de leurs droits héréditaires en compensation de la libéralité qu'ils recevaient. Partant le contrat était, en partie du moins, commutatif; ce qui le soumettait à l'article 1172. Tout ce que l'on pouvait prétendre, c'est que le contrat n'était pas commutatif pour le tout. Dans une espèce identique qui s'est présentée devant la cour de Pau, le ministère public conclut à la division du contrat; la cour décida, et avec raison nous semble-t-il, que, dans l'intention des parties contractantes, le contrat était indivisible, c'est l'élément commutatif qui y dominait et en faisait l'essence; dès lors l'article 900 était inapplicable, il fallait annuler le contrat (1).

434. Faut-il admettre aussi que l'article 900 est inapplicable quand le disposant déclare formellement qu'il entend subordonner l'existence de sa libéralité à l'accomplissement de la condition? Nous avons déjà rencontré la difficulté en traitant des libéralités faites à des établissements d'utilité publique, et nous l'avons décidée négativement (nos 265-268). La pratique administrative est en ce sens, et il y a aussi des arrêts qui consacrent cette opinion. Toutefois la question a été jugée en sens contraire par un arrêt de la cour de Bruxelles, et cet arrêt trouve de l'appui dans la tradition et dans la doctrine. Il convient donc d'examiner les objections que l'on nous oppose.

Voici l'espèce. Une dame lègue aux hospices une somme de 25,000 francs, en ajoutant les conditions suivantes : « Je veux et entends bien expressément comme condition essentielle de ce legs et sans l'assurance de laquelle je ne le ferais point : 1° que l'administration des hospices recueillera trois malades, et de préférence ceux que mon héritier ou ses représentants auraient désignés, et 2° que ces malades seront soignés par des religieux ou des reli-

(1) Caen, 8 mars 1866, et Rejet, 12 novembre 1867 (Dalloz, 1869, 1, 528). Pau, 3 mars 1869, et Rejet, 21 décembre 1869 (Dalloz, 1869, 2, 203, et 1870, 1, 308).

gieuses du culte catholique romain. » Ces deux conditions étant contraires aux lois, l'arrêté royal qui autorisa la commission des hospices à accepter le legs les déclara non écrites. Mais les héritiers refusèrent de délivrer le legs; et le tribunal ainsi que la cour de Bruxelles leur donnèrent gain de cause. L'arrêt décide que l'article 900 établit une simple présomption; la loi présume que le disposant aurait maintenu sa libéralité s'il avait su que la condition qu'il y a mise en entraînerait la nullité. Or, la volonté présumée doit céder devant la volonté clairement exprimée du testateur, car c'est cette volonté qui constitue l'essence du testament. Lors donc que le disposant dit qu'il subordonne le legs à l'accomplissement de la condition, le legs devient caduc si la condition ne peut pas être accomplie (1). Nous répondons que l'article 900 établit, non une présomption, mais une véritable fiction. On a vainement essayé de justifier cette fiction : elle est en opposition avec l'essence même des conditions, et elle méconnaît la volonté du testateur que la cour de Bruxelles invoque. Quand le disposant ajoute une condition à sa disposition, il n'a pas besoin de déclarer qu'il subordonne sa libéralité à l'accomplissement de la condition, cela résulte de la condition même, car la condition n'est autre chose qu'une déclaration de volonté qui subordonne l'existence d'un fait juridique à l'accomplissement de la condition. Malgré cette volonté bien claire du testateur, le législateur efface la condition; il maintient donc la disposition contre la volonté du testateur. Voilà la fiction. Est-il permis à l'interprète d'écarter la fiction pour s'en tenir à la réalité des choses? C'est effacer l'article 900 du code. Le législateur dit : « Je feins que la condition illicite n'est pas l'expression de la vraie volonté du testateur. » « Vous vous trompez, répond l'interprète, car le testateur a déclaré qu'il veut l'accomplissement de la condition. » L'interprète défait la fiction établie par la loi; il n'a pas ce droit. Si la doctrine de la cour de Bruxelles

(1) Bruxelles, 2 août 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 413). Dans le même sens, Demolombe, t. XVIII, p. 251, nos 207 et 208; Dalloz, au mot *Dispositions*, no 94. Comparez Ricard, *Des donations*, t. II, p. 142, nos 226 et 227.

était admise par la jurisprudence, elle abolirait l'article 900. D'abord la déclaration expresse deviendrait de style, surtout dans les libéralités faites au profit de personnes civiles, et c'est précisément dans ces libéralités que le principe de l'article 900 doit être maintenu. Puis la jurisprudence finirait par dépasser la décision que nous combattons. Est-il besoin d'une déclaration expresse pour manifester sa volonté? Non, elle s'induit de la nature des clauses, des faits et des circonstances. Eh bien, ces motifs se rencontreront toujours pour décider que la condition illicite est de l'essence du testament, et par conséquent pour annuler la libéralité, alors que la loi la déclare valable. Nous préférons nous en tenir à la loi.

§ II. *Des conditions impossibles.*

435. Le mot *condition*, dont l'article 900 se sert, doit être pris dans sa plus large acception. D'ordinaire on entend par condition un événement casuel qui suspend l'existence ou la résolution d'un fait juridique. La loi appelle aussi condition une charge imposée au donataire ou au légataire (art. 953 et 1046). L'article 900 comprend les conditions proprement dites et les charges, surtout les charges qui imposent au donataire ou au légataire l'obligation de faire quelque chose, et qui, dans l'intention du disposant, suspendent l'existence ou la résolution de la libéralité (1).

436. La condition est impossible quand les lois de la nature s'opposent à ce que l'événement arrive, ou à ce que le fait soit presté. Voici les conditions impossibles que nous trouvons dans les auteurs anciens et modernes :

« Si vous touchez le ciel du doigt (2). »

« Si vous faites un tableau ou une statue, alors que vous n'êtes pas artiste. »

(1) Demante, t. IV, p. 31, n° 16 *bis* I.

(2) C'est la condition favorite des jurisconsultes romains; en leur honneur il faut dire que cette prétendue condition n'était pas un exemple, bien moins encore un fait : c'était une expression proverbiale pour marquer une chose impossible (Coin-Delisle, p. 70, note).

« Si un soldat amputé recouvre l'usage de sa jambe. »

« Si vous faites un monument funéraire en trois jours » alors qu'il faudrait six mois pour l'achever.

« Si vous buvez toute l'eau de la mer. »

« Si les hommes, cessant de marcher sur leurs pieds, marchent sur leur tête. »

Nous ne savons si nos pères ajoutaient de pareilles clauses à leurs libéralités ; s'ils le faisaient, nous sommes plus sages qu'eux, car on chercherait vainement une de ces niaiseries juridiques dans nos recueils de jurisprudence. Et les auteurs feraient bien de rester sur le terrain de la réalité, au lieu de donner carrière à leur imagination. C'est discréditer notre science que de faire croire qu'elle s'occupe de ces folies.

437. Si le fait est possible en soi, mais impossible au légataire, la condition sera-t-elle possible dans le sens de l'article 900? La négative a toujours été enseignée, par l'excellente raison que la condition d'une chose possible ne peut pas être considérée comme impossible; donc nous ne sommes pas dans le texte du code, et comme il s'agit d'une fiction, il faut s'en tenir à la lettre de la loi. M. Demolombe fait une restriction pour le cas où la chose, quoique possible en elle-même, serait radicalement impossible pour le légataire : on fait un legs à un peintre amputé des deux bras, sous la condition qu'il fera un tableau. Nous renvoyons ceux qui aiment la scolastique à l'auteur qui a le mérite d'avoir inventé cette condition impossible (1).

438. Nous croyons aussi pouvoir nous dispenser d'examiner si une impossibilité temporaire rend la condition impossible, et si une difficulté de fait est une impossibilité. N'est-ce pas faire injure au bon sens des lecteurs que de discuter des questions qu'un enfant pourrait résoudre (2)? Enfin, il y a des difficultés qui sont étrangères à l'article 900 : une condition impossible devient possible par la suite, ou une condition possible devient impossible. La

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 270, n° 233, et les auteurs qu'il cite.

(2) Demolombe t. XVIII, p. 273, n° 234. Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 102.

solution de ces difficultés se rattache à l'interprétation des legs, elle n'a rien de commun avec l'article 900.

§ III. *Des conditions contraires aux lois.*

N° 1. QUELLES SONT CES LOIS?

439. A s'en tenir au texte de l'article 900, il faudrait dire que toute condition contraire à une loi quelconque est réputée non écrite. Tel n'est pas le sens du principe formulé par cet article. Il faut le combiner avec les principes généraux qui régissent les lois. Or, il y a des lois auxquelles il est permis de déroger, il y en a d'autres auxquelles il n'est pas permis de déroger. Lorsque la condition est en opposition avec une loi à laquelle les particuliers peuvent déroger, on ne peut pas dire qu'elle est contraire à la loi, car ce n'est pas violer une loi que d'y déroger quand le législateur le permet. Il n'y a donc de contraire à la loi que les conditions qui violent les lois auxquelles il est défendu de déroger. Reste à savoir quelles sont les lois auxquelles les particuliers peuvent ou ne peuvent pas déroger.

Nous avons répondu ailleurs à la question (1). Quand l'intérêt des particuliers est seul en jeu, le législateur n'entend pas les lier par les dispositions qu'il porte; il leur laisse pleine et entière liberté de régler leurs relations comme ils l'entendent, même en dérogeant à la loi, car la loi, en cette matière, n'a d'autre objet que de prévoir ce que les parties veulent, et elle leur permet de vouloir autre chose que ce que le législateur a présumé. Il n'en est plus de même quand il y a un intérêt social en cause; il n'y aurait plus de société possible si l'intérêt particulier n'était subordonné à l'intérêt général; la société n'est pas autre chose que cette subordination de l'individu qui doit sacrifier ses intérêts particuliers au plus grand de tous les intérêts, la conservation de la société. Telles sont les lois de l'ordre politique. Les lois qui règlent

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 74-104, n°s 36-68.

les rapports privés des individus sont par cela même d'intérêt privé. Il y a exception pour les lois qui intéressent l'ordre public; on entend par là celles qui règlent l'état et la capacité des personnes (art. 6). Ce sont les seules dont le code civil s'occupe et auxquelles il défend de déroger. Il peut cependant y avoir, et il y a, en effet, d'autres lois qui sont d'intérêt général, quoiqu'elles concernent aussi l'intérêt des particuliers; elles rentrent par là même dans la catégorie des lois auxquelles les individus ne peuvent pas déroger. Enfin il y a des lois qui par leur nature sont d'intérêt social, ce sont celles qui intéressent les bonnes mœurs, la moralité étant la base de l'ordre social. Les articles 900 et 1172 vont plus loin, ils réprouvent les conditions contraires aux bonnes mœurs; alors même qu'elles ne violeraient aucune loi positive, elles violent la loi suprême de toute société, l'ordre moral.

440. Nous avons transcrit plus haut (n° 430) les lois portées pendant la révolution qui prévoient certaines conditions contraires au nouvel ordre de choses inauguré en 89, et les réputent non écrites dans les donations et les testaments. Ces lois sont-elles encore en vigueur? Tous les auteurs enseignent qu'elles sont abrogées par la loi du 30 ventôse an XII (art. 7). A notre avis, le principe spécial d'abrogation établi par cette loi ne concerne point les lois intermédiaires portées depuis la révolution (1). La question n'est pas sans importance en ce qui concerne les lois relatives aux conditions réputées non écrites dans les dons et les legs. Pourquoi le législateur de 91 a-t-il cru devoir publier immédiatement un article destiné à figurer dans une loi générale sur les successions? L'article a pour objet de sanctionner les principes de 89 formulés dans la célèbre déclaration des droits de l'homme. Ces principes sont encore les nôtres, ils sont inscrits dans notre constitution, ils forment la base de notre ordre politique et social. Y avait-il une raison d'abroger les lois qui leur servent de sanction? Non, certes. Peu importe, du reste, que l'on tienne ces lois pour abrogées ou non;

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 38, n° 27.

toujours est-il qu'elles servent d'interprétation à l'article 900, car l'article 900 n'a fait que les reproduire en substance. Vainement dit-on que la loi de 91 est une de ces lois de circonstances qui sont nées avec la révolution et qui ont disparu avec elle. Elles sont, au contraire, l'expression des idées et des sentiments de la société moderne. Les interprètes du code civil ont tort d'aller chercher à Rome ou dans notre ancienne jurisprudence des autorités pour l'explication de l'article 900. Il s'agit de garantir les principes de 89 contre les attaques des aveugles partisans du passé. Est-ce par hasard aux Romains que la révolution a emprunté ces principes, est-ce à l'ancien régime? L'ère de 89 est une ère de liberté, et la liberté qui fait notre vie ne vient ni de Rome ni d'un ordre politique qui était la négation de la liberté; elle a ses racines dans les mœurs des Germains. Il faut donc laisser là le Digeste et nos anciens jurisconsultes, pour nous inspirer de l'esprit de la révolution. Ce que nous disons de la liberté est vrai aussi des mœurs. Notre moralité n'est plus la moralité romaine; l'influence du christianisme et des races germaniques l'a profondément modifiée. D'un autre côté, notre religion, quoi qu'en disent les défenseurs du passé, n'est plus le christianisme traditionnel. La révolution de 89 a été une réaction contre le catholicisme aussi bien que contre l'ancien régime, avec lequel l'Eglise était intimement liée. Nos croyances sont celles de la philosophie, ce sont celles de 89. Eh bien, ces sentiments et ces idées ont dicté la loi de 91, et la loi de 91 a passé dans l'article 900. Là est notre tradition : les interprètes l'ont souvent oublié.

N° 2. LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE.

441. Barère, qui proposa la loi du 5 septembre 1791, dit qu'elle avait pour objet de garantir la liberté contre les ennemis des principes de 89. Certes on ne niera pas que la liberté soit le fondement de notre ordre politique; par suite toute condition qui enchaîne la liberté du donataire et du légataire doit être réputée non écrite, comme

contraire à la loi des lois. Mais que faut-il entendre par liberté? Troplong est allé chercher la définition de la liberté dans le Digeste et dans les arrêts des parlements; et que disent ces lois? « Elles ne condamnent les conditions qui gênent la liberté que lorsque ces conditions tendent à mettre la personne du légataire dans une absolue captivité. Par exemple : vous ne quitterez pas mon tombeau; ou bien : vous ferez dans telle ville une résidence continuelle (1). » Est-ce là ce que nos pères entendaient par liberté en 89? Ouvrons la déclaration des droits; nous y lisons : « Le but de toute association politique est la conservation des *droits naturels* et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : la *liberté*... » « La *liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.* Ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. » « La loi n'a le droit de défendre que les actes nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. » Voilà la liberté à laquelle l'homme moderne tient plus qu'à la vie, parce que sans elle il n'y a plus de vie. Quel est le but de notre existence sur cette terre? Le développement de nos facultés physiques, intellectuelles et morales. Or, y a-t-il un développement quelconque possible sans liberté? La liberté est donc de l'essence de notre vie. C'est ce que nous appelons la liberté individuelle, que les jurisconsultes de l'empire ne connaissaient guère et que les parlements ne connaissaient pas davantage. Toute condition qui entrave la liberté ainsi entendue est contraire à la loi, et réputée non écrite.

412. Déjà dans l'ancien droit on rejetait comme contraires à la liberté les conditions qui imposaient au légataire la nécessité de faire sa résidence dans un certain lieu sans pouvoir transférer ailleurs son domicile. Mais

(1) Troplong, *Des donations entre-vifs et des testaments*, n° 252 (t. I, p. 103 de l'édition belge).

on admettait comme licite la condition de ne pas demeurer dans un certain lieu, parce qu'elle n'est pas absolument contraire à la liberté. Ce sont les expressions de Furgole. Ricard disait : « L'on ne peut pas dire que l'usage de la liberté soit perdu quand, en interdisant à une personne la fréquentation d'une ou plusieurs provinces, on lui permet la demeure en toutes les autres, et celui-là ne peut pas se plaindre d'une trop grande captivité et d'un joug déraisonnable, auquel on a conservé libre une partie du monde (1). » Dans nos idées modernes, on n'est pas libre, non-seulement quand on est captif, mais aussi quand on ne peut plus aller et venir où l'on veut. Pourquoi m'interdire le séjour d'une ville quand c'est là que je voudrais demeurer? Vous me demandez mes motifs. Que vous importe? Le monde entier, sans exception d'aucun lieu, n'a-t-il pas été donné comme séjour à l'homme, afin qu'il puisse y développer librement ses facultés? Ne mettons pas des entraves là où Dieu a mis la liberté. Cependant les auteurs modernes reproduisent ces restrictions (2). Il a été jugé que la condition de demeurer dans tel département n'a rien de contraire à la loi; l'obligation n'était pas perpétuelle, et il n'était pas défendu au légataire de s'absenter. Dans notre opinion, elle serait illicite. L'arrêt même qui a décidé en sens contraire montre que ces conditions sont dérisoires. Le légataire vendit les biens légués, en se réservant deux chambres de la maison qu'il était tenu d'habiter en vertu du testament, puis il quitta la Corse pour l'Italie. Mais ce n'était pas sans esprit de retour, dit la cour de Bastia (3). On voit que les juges subissent malgré eux les vieilles maximes qui entravent la liberté : n'est-il pas plus rationnel de proclamer franchement que la liberté d'aller et de venir est un de ces droits naturels et inaliénables dont la loi même ne pourrait nous priver?

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. VII, sect. II, nos 104, 105 (t. II, p. 107). Ricard, t. II, p. 154, no 286.

(2) Demolombe, t. XVIII, p. 309, nos 270, 272; Dalloz, au mot *Dispositions*, nos 169-171, et les auteurs qu'ils citent.

(3) Bastia, 10 juin 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, no 171).

443. La condition d'embrasser un état déterminé est-elle licite? Le parlement de Toulouse a jugé qu'un père laboureur ayant institué son fils à la charge qu'il serait aussi laboureur, le fils, qui était devenu architecte, ne devait pas être privé de l'hérédité, quoique le testateur eût ajouté à sa disposition la clause irritante, et que, faute par le fils d'executer la condition, il eût institué sa fille. Furgole donne une excellente raison à l'appui de cette décision. « Tel, dit-il, sera destiné à une profession pour laquelle il n'aura point de goût ni de disposition, et qui pourrait mieux réussir et s'occuper plus utilement en suivant son attrait et ses inclinations, qui le portent à un autre. » Ne vaut-il pas mieux un bon architecte qu'un mauvais laboureur? Cependant Furgole critique l'arrêt du parlement; toute condition gêne, dit-il, et celle-ci n'a rien de contraire à la liberté *dans le sens des lois*, c'est-à-dire des lois romaines (1). Furgole est un excellent interprète du droit romain, mais notre liberté moderne est-elle celle de Rome? La loi de 1791 plaçait parmi les conditions illicites « celle d'embrasser tel état, emploi ou profession. » Elle porte évidemment atteinte à la liberté, telle que la Déclaration de 89 la définit. S'il y a un droit naturel, inaliénable de l'homme, c'est bien celui de suivre sa vocation. De qui la tient-il? De Dieu, qui l'a doué de telles facultés et non de telles autres. Et de quel droit l'homme viendrait-il contrarier les desseins de Dieu? Cependant les auteurs modernes restent attachés à la tradition romaine. L'homme n'est jamais entièrement libre, dit-on; il est plus ou moins dominé par les circonstances; la condition qui lui impose l'obligation d'embrasser tel état ne sera qu'une circonstance de plus ajoutée à toutes celles qui influent sur sa décision. Mauvaises raisons, car elles valideraient toutes les conditions qui entravent la liberté. Après tout, ajoute-t-on, le légataire est libre de refuser. Sans doute; mais si la condition le détermine à subir cette contrainte morale, et si celui qui serait devenu un bon architecte devient un mauvais laboureur, ne porte-

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. VII, sect. II, nos 101 et 102 (t. II, p. 105).

t-on pas atteinte au droit de l'individu et à l'intérêt de la société (1) ?

Nous ne faisons pas exception à ces principes pour la condition d'étudier, quelque favorable qu'elle paraisse. Elle a pour objet la culture de l'esprit, dit Furgole, et de procurer des sujets capables de rendre des services à l'Etat par leur science et leur capacité. Rien de plus vrai quand il s'agit de faire des études générales qui ont pour objet le développement de l'intelligence. Il n'en est plus de même quand il s'agit d'études professionnelles, comme serait la condition d'étudier le droit. Il ne faut pas que les libéralités attirent dans les hautes études des jeunes gens que leurs capacités n'y appellent point; déclasser les hommes est un mal pour l'individu et pour la société, parce que les personnes déclassées sont malheureuses et mécontentes; ce sont les prolétaires de l'intelligence, les pires de tous.

444. La condition de demeurer avec certaines personnes est aussi une entrave à la liberté, et à ce titre elle doit être considérée comme illicite. Ce principe était même admis dans l'ancien droit; à plus forte raison doit-on le suivre en droit moderne (2). Toutefois il a été jugé que la clause par laquelle le donateur stipule, dans une institution contractuelle, que les futurs époux se retireront dans sa compagnie et vivront à mêmes pot et feu, en faisant un même ménage, est valable (3). Dans l'espèce, le donateur voulait se procurer les secours dont il avait besoin; la donation était donc un contrat commutatif par lequel les institués s'obligeaient à soigner le donateur, et celui-ci s'obligeait à leur laisser ses biens. Dès lors l'article 900 était inapplicable; il fallait voir si la convention était valable comme contrat onéreux. Les donataires ne remplirent pas la condition; par suite ils ne pouvaient réclamer l'exécution du contrat, en le supposant valable; et à

(1) Coin-Delisle, p. 73, nos 25 et 28 de l'article 900, et les auteurs cités par Dalloz, au mot *Dispositions*, nos 166-167, et par Demolombe, t. XVIII, p. 304, n° 264. Demante est le seul qui reste fidèle à la tradition de 1789 (t. IV, p. 35, n° 16 *bis* VI).

(2) Demolombe, t. XVIII, p. 307, n° 270, et les auteurs qu'il cite.

(3) Pau, 2 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 173, 2°).

plus forte raison ne pouvaient-ils pas l'invoquer si le contrat était nul comme fait sous une condition contraire aux lois (art. 1172). On peut soutenir que ce contrat est nul, comme emportant une aliénation illimitée de la liberté des donataires. On ne peut engager ses services qu'à temps, comme domestique (art. 1780); peut-on s'obliger à soigner une personne pendant toute sa vie? Nous reviendrons sur la question.

N° 3. LA LIBERTÉ RELIGIEUSE.

445. La liberté de conscience est inscrite parmi les droits naturels de l'homme dans la déclaration de 89, et certes s'il y a une liberté inaliénable, c'est celle de la pensée. Elle figure aussi dans la loi de 1791; et bien que les auteurs considèrent cette loi comme abrogée, ils décident qu'en ce qui concerne la liberté religieuse, elle a repris virtuellement sa force, cette liberté étant consacrée par nos constitutions modernes (1). Il a été jugé en ce sens que l'on doit réputer non écrite la condition imposée à un légataire converti au catholicisme de vivre et de mourir dans cette religion sous peine de perdre le legs (2). Troplong critique cette décision. Il semble voir dans le principe de la loi de 91 une marque d'indifférence religieuse, de scepticisme. Nous recommandons à ceux qui partageraient ces sentiments la lecture de l'ouvrage de Vinet, âme profondément religieuse; le pasteur protestant défend la liberté de conscience, parce que la liberté est de l'essence de la religion; donc toute espèce de contrainte la vicie. Qu'importe après cela que le testateur soit animé des sentiments les plus purs (3)? Il ne s'agit pas de lui, il s'agit du légataire. Qui ne connaît la puissance funeste de l'intérêt? Le legs pourrait engager le légataire à embrasser une religion, ou à rester attaché à un culte contrairement à ses convictions. Laissons ces moyens de convertir

(1) Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 160, et les auteurs qu'il cite.
(2) Colmar, 9 mars 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 160).
(3) Troplong, n° 255 (t. I, p. 103), suivi par Massé et Vergé, t. III, p. 177 note 7.

aux tyrans qui, comme Louis XIV, ne reculent pas devant les dragonnades, et maintenons la liberté la plus précieuse de l'homme contre les tentations qui pourraient l'altérer.

N° 4. L'ORDRE PUBLIC.

446. Nous prenons ici cette expression dans le sens spécial qu'elle a en droit civil. Les lois qui règlent l'état des personnes, et la capacité ou l'incapacité qui en résultent, sont d'ordre public. Donc les conditions qui dérogent à ces lois tombent sous l'application des articles 6 et 900. L'enfant naturel a le droit de rechercher sa mère; toute condition qui lui interdirait directement ou indirectement l'exercice de ce droit serait illicite, parce qu'elle le priverait du bien le plus précieux, de son état; une pareille condition serait donc réputée non écrite (1).

447. Il en serait de même, sans doute aucun, des conditions qui dérogeraient à la puissance maritale. Aux termes de l'article 214, la femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. Donc la condition imposée à la femme légataire de fixer son domicile dans un lieu déterminé est illicite et réputée non écrite (2).

Il y a quelque doute quand la condition touche tout ensemble à la puissance maritale et aux biens. Un legs est fait à une femme mariée sous le régime de la communauté, avec la clause qu'elle pourra toucher les revenus des biens légués sans l'autorisation du mari et sur ses seules quittances, ces revenus devant être exclus de la communauté. Il est certain que la clause déroge à l'incapacité de la femme mariée, laquelle est d'ordre public; elle déroge donc à la puissance maritale. Mais la dérogation ne concerne que les biens; or, la loi permet d'affranchir la femme de la puissance maritale dans de certaines limites, en ce qui concerne l'autorisation dont elle a be-

(1) Jugement du tribunal de Tarbes (Dalloz, 1857, 2, 154).
(2) Poitiers, 3 juin 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 119).

soin pour gérer ses biens. La femme peut stipuler qu'elle aura la libre administration de sa fortune, ce qui lui donne le droit de faire tous les actes d'administration sans autorisation maritale (art. 223 et 1536). Sous le régime exclusif de communauté, la femme peut se réserver la faculté de toucher annuellement, sur ses seules quittances, une portion de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels (art. 1534). Cela prouve que l'ordre public n'empêche point que la femme mariée n'ait la libre jouissance d'une partie de sa fortune. Si les futurs époux peuvent convenir que la femme n'aura pas besoin de l'autorisation de son mari pour l'administration et la jouissance de ses biens, le donateur peut imposer la même condition aux libéralités qu'il fait à la femme, n'importe sous quel régime; l'ordre public n'est pas plus intéressé dans un cas que dans l'autre. Il va sans dire que la femme ne pourra accepter la donation ou le legs qu'avec autorisation du mari ou de justice; cela suffit, comme le dit la cour de Paris, pour prévenir les inconvénients qu'une semblable libéralité pourrait présenter en certains cas (1).

448. La puissance paternelle est aussi d'ordre public. Donc toute condition qui entrave l'exercice de cette puissance est illicite : telle serait la condition que l'enfant serait élevé dans une religion déterminée. L'éducation religieuse, de même que l'instruction, est un devoir pour le père; il doit le remplir en conscience; on doit donc éviter de mettre le devoir en conflit avec l'intérêt pécuniaire que pourrait avoir le père à ne pas remplir son devoir. C'est dire que ces conditions sont réputées non écrites.

Doit-on maintenir ce principe pour les droits que la loi accorde au père sur les biens de ses enfants? Il en a l'administration jusqu'à leur majorité, et la jouissance jusqu'à ce qu'ils soient émancipés, ou qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans. Nous avons dit ailleurs qu'à notre avis l'administration est d'ordre public, parce que c'est un devoir, tandis que l'usufruit légal est un droit pécuniaire, parce

(1) Paris, 5 mars 1846 (Dalloz, 1846, 4, 29). Dans le même sens, Bruxelles, 6 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 77)

que c'est un avantage attaché par la loi à l'exercice de la puissance paternelle (1). La conséquence est que la condition qui enlève au père l'administration est illicite (2), tandis que celle qui le prive de la jouissance est valable.

449. La tutelle présente des difficultés analogues. Elle est d'ordre public, cela est incontestable, les Romains allaient jusqu'à dire qu'elle est de droit public (3). Est-ce à dire que toutes les règles qui régissent la tutelle soient d'ordre public, et que toute condition qui y déroge soit illicite? L'application fait naître bien des difficultés, sur lesquelles il y a plus ou moins de doute. Il a été jugé que la clause d'un testament par laquelle le testateur, en léguant ses biens à un mineur, lui nommait un tuteur, en le chargeant de l'administration de ces biens, était nulle. Cela est certain : c'est la loi qui nomme le tuteur, et quand elle ne le nomme pas, elle confie ce soin au dernier mourant des père et mère, ou au conseil de famille. Le législateur ne permet pas et ne pouvait pas permettre au premier venu qui ferait une libéralité au mineur de lui nommer un tuteur; il ne donne ce droit qu'à celui qui présente les garanties nécessaires (4).

Le même arrêt a décidé que l'administration des biens légués pouvait être confiée à la personne que le testateur avait nommée tuteur. Cela nous paraît très-douteux. Cette gestion séparée, dit la cour, n'a rien de contraire aux lois et aux mœurs, elle n'enlève aucun pouvoir au tuteur, lequel conserve l'administration de la personne et des biens du pupille. A notre avis, elle déroge à l'article 450, qui charge le tuteur d'administrer les biens du pupille. Il y aura, dans l'espèce, deux tutelles quant aux biens : et n'est-il pas de principe qu'il ne peut y avoir qu'une seule tutelle? Et cette tutelle extralégale donnerait-elle

(1) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 393, nos 297 et 298, p. 423, n° 323, et p. 428, n° 327.

(2) Voyez, en sens contraire, Rejet, 11 novembre 1828, contre les conclusions du ministère public (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 122). Orléans, 5 février 1870 (Dalloz, 1870, 2, 49); Liége, 29 décembre 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 212).

(3) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 477, n° 366.

(4) Paris, 22 février 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 123).

au mineur les garanties que la loi a voulu lui assurer? La cour a prévu l'objection : elle a assimilé la gestion des biens légués à celle du tuteur, en soumettant l'administrateur à la surveillance du subrogé tuteur et au contrôle du conseil de famille. Ceci augmente nos doutes. De quel droit la cour donne-t-elle au subrogé tuteur et au conseil de famille une action quelconque sur un administrateur qui n'est pas tuteur? Peut-il y avoir une subrogée tutelle là où il n'y a point de tutelle? un conseil de famille là où il n'y a pas de tuteur? Que si la gestion des biens légués est en tout soumise aux lois de la tutelle, ne faut-il pas dire que c'est une tutelle véritable? Et cependant la cour a très-bien jugé qu'il ne pouvait pas y avoir de tuteur nommé par le testateur! Enfin, il y a une garantie essentielle qui fait défaut au mineur, en ce qui concerne la gestion des biens, c'est l'hypothèque légale qui frappe les biens du tuteur. Cette hypothèque ne peut évidemment être étendue sur les biens d'un simple administrateur. Voilà une nouvelle dérogation à la loi, et elle est considérable. Nous préférerions donc décider que cette administration extralégale est contraire à la loi, et que partant la condition est illicite. Le législateur seul aurait pu déroger à l'autorité du tuteur, comme il déroge, dans de certaines limites, à la puissance maritale; dans le silence du code, l'interprète doit s'en tenir au principe que toute condition contraire à une loi d'ordre public est réputée non écrite.

450. La jurisprudence admet que le testateur peut, en un certain sens, déroger aux règles de la tutelle. Une aïeule, tutrice légale de ses petits-enfants, les institue légataires universels sous des conditions évidemment contraires à la loi, et en défendant de porter la moindre atteinte à ses volontés : il ne devait être demandé aucun compte de tutelle, il ne serait fait aucun inventaire, le conseil de tutelle nommé par la mère serait toujours consulté par le nouveau tuteur, les biens de la succession seraient administrés par un homme de confiance, il ne serait fait aucun partage de la succession pendant la minorité des enfants légataires. La testatrice finissait par

déclarer que si l'on portait atteinte à ces dispositions, elle révoquait l'institution faite en faveur de ses petits-enfants, et ne leur laissait que la réserve légale, et qu'elle léguait son disponible à des cousins. Le tuteur attaqua le testament, comme contenant des clauses et conditions illicites. Il fut jugé que ces clauses n'avaient rien de contraire à l'ordre public, et que d'ailleurs il était inutile d'examiner leur concordance avec les lois qui régissent la tutelle, puisque la disposition se réduisait à une alternative, et que l'option qu'elle laissait aux légataires ne contrevenait à aucune loi (1). Cette décision nous paraît également douteuse. La prétendue option n'était en réalité qu'un moyen employé par la testatrice pour obliger les légataires de se soumettre à ses volontés; il fallait donc examiner si ces volontés étaient licites; or, elles étaient ouvertement contraires aux lois de la tutelle. Nous reviendrons plus loin sur la validité des clauses pénales par lesquelles le testateur sanctionne ses volontés.

451. Nous trouvons une application de ces principes dans un arrêt de la cour de Paris. Dans un testament fait en faveur de mineurs non réservataires, le testateur défend de vendre ses immeubles en justice; il veut que la vente se fasse par simple adjudication devant notaire, en présence de son exécuteur testamentaire. Il a été jugé que cette condition doit être réputée non écrite, comme prohibée par la loi (2). L'opinion contraire est vivement soutenue par Troplong. Ce ne sont pas les immeubles du mineur, dit-il, que le testateur ordonne de vendre sans l'observation des formes prescrites par la loi pour la vente des biens des mineurs, ce sont les immeubles qu'il lègue aux mineurs, et ne peut-il pas disposer de sa chose comme il l'entend? Voilà une de ces subtilités qui le plus souvent sont en opposition avec le vrai droit. A qui appartiennent les biens légués au moment où ils sont vendus? Faut-il apprendre à un savant magistrat que le légataire acquiert la propriété dès l'instant où le testateur décède?

(1) Aix, 8 août 1833, et Rejet, 24 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 175). Comparez alloz, *ibid.*, n° 124.
(2) Paris, 13 août 1849 (Dalloz, 1850, 2, 194).

et comment celui-ci pourrait-il être propriétaire après sa mort? Ce sont donc les biens des mineurs que l'on vend. Dans quelles formes doit se faire la vente? En justice. Pourquoi? C'est une garantie, et toute garantie établie dans l'intérêt d'un incapable n'est-elle pas d'ordre public (1)? Troplong dit qu'il ne conçoit pas tant de tendresse pour des formalités que tout le monde s'accorde aujourd'hui à considérer comme ruineuses (2). Nous n'avons aucune prédilection pour des formalités qui absorbent les biens en frais; mais nous avons le respect de la loi; c'est au législateur et à lui seul à modifier les garanties qu'il a jugées nécessaires pour sauvegarder les intérêts des mineurs. C'est ce que le législateur belge a fait.

452. La condition apposée à un legs fait par un tuteur à son ancien pupille, de ne pas demander compte de l'administration tutélaire, est-elle licite? Nos anciens auteurs enseignent qu'elle est valable, mais ils ajoutent des restrictions. La dispense n'est pas absolue, dit Furgole; le tuteur devra toujours compte de sa gestion, mais on sera moins sévère pour lui : il ne répondra que de son dol, et il ne sera tenu que de payer le reliquat (3). Tout cela est très-arbitraire. L'obligation de rendre compte est certes d'ordre public; la loi défend même au pupille devenu majeur de traiter avec son tuteur sur cette obligation (article 472). Donc la condition de ne pas demander compte est illicite. Tout au plus peut-on la justifier en considérant le legs comme un contrat onéreux, par lequel le pupille renonce à la reddition de compte moyennant la libéralité que lui fait son ancien tuteur. Ainsi considéré, le legs ne tombe pas sous l'application de l'article 900; mais n'est-il pas contraire à l'article 1172 combiné avec l'article 472? Ne serait-ce pas là un de ces traités que la loi

(1) La cour de cassation de Belgique l'a jugé ainsi pour les formalités prescrites par la loi du 12 juin 1816. Rejet, 28 décembre 1852, dans la *Pasicrisie*, 1853, 1, 118.

(2) Troplong, n° 270 (t. I, p. 107). Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 696. Demolombe, t. XVIII, p. 342, n° 315.

(3) Furgole, *Des testaments*, chap. VII, sect. II, n°s 110 et 115 (t. II, p. 109 et 111) C'est aussi l'opinion des auteurs modernes; et elle est consacrée par la jurisprudence. Voyez les autorités dans Demolombe, t. XVIII, p. 346, n° 316.

réprouve? C'est notre avis; le legs serait donc nul pour le tout. Les restrictions que Furgole met à son opinion nous confirment dans nos doutes. Il peut y avoir dol, et le tuteur veut couvrir son dol par une libéralité. Furgole dit que cela serait illicite. Mais ne risque-t-on pas de favoriser le dol en validant le legs?

Nº 5. L'INTÉRÊT PUBLIC ET L'INTÉRÊT PRIVÉ.

I. *Clauses concernant les biens.*

453. Les conditions concernant les biens sont-elles illicites dès qu'elles dérogent à une disposition du code civil? Il faut distinguer. Si la loi est d'intérêt général, la condition est réputée non écrite, car il n'est pas permis aux particuliers de déroger à des lois d'intérêt général (nº 439). Que si la loi est relative à des intérêts privés, il est permis d'y déroger, et par suite la condition qui y est contraire ne peut pas être réputée illicite. Les auteurs sont d'accord sur le principe; mais l'application n'est pas sans difficulté, parce que l'intérêt privé se lie intimement à l'intérêt public; une loi peut donc être tout ensemble d'intérêt particulier et d'intérêt général. Il faut voir alors quel est l'élément qui domine : si c'est l'intérêt de la société, la condition sera illicite : si c'est l'intérêt des individus, elle sera valable.

454. Il n'y a pas de doute quant aux conventions sur une succession future : la loi prohibe tout pacte successoire, et elle le fait par des considérations de moralité. On peut donc appliquer le texte de l'article 900, puisqu'il prévoit les conditions contraires aux bonnes mœurs. Si la condition est purement un pacte successoire, il n'y a aucun doute; mais les faits ne se présentent guère avec cette simplicité. Une donation faite par contrat de mariage porte que la future laissera jouir le survivant de ses père et mère de tous les biens du premier mourant, sans faire contre le survivant aucune réclamation. Cette clause était évidemment un pacte successoire, donc nulle; mais ne se liait-elle pas à la constitution de dot, en ce sens

que tout le contrat était un pacte de famille, donc une convention onéreuse, sujette à l'article 1172? La cour d'appel jugea que la stipulation de dot et la convention successoire étaient entièrement distinctes et indépendantes l'une de l'autre; elle maintint en conséquence la dot et annula le pacte. Sur le pourvoi, la cour de cassation maintint cette décision, en insistant sur l'appréciation que la cour d'appel avait faite des deux clauses (1); ce qui implique que le juge aurait pu apprécier autrement le contrat. A notre avis, c'était un tout indivisible; la convention était viciée en son entier, et devait être annulée en vertu de l'article 1172. Une espèce analogue s'est présentée devant la cour d'Angers. Il s'agissait d'un testament par lequel la testatrice instituait l'un de ses neveux légataire universel, à la condition qu'il ne pourrait rien prétendre dans la succession de ses père et mère, ce qui, dit l'acte, sera suffisamment constaté par l'acceptation du présent don. Le légataire accepta le legs et demanda à en jouir immédiatement. Sa mère prétendit qu'il ne pouvait exercer qu'à la mort de ses parents l'option que lui donnait la testatrice. C'était une erreur; la cour dit très-bien que le légataire devait jouir de suite du don. Naissait alors la question de savoir si la condition qui y était apposée était valable. Il nous semble que c'était un pacte successoire, puisque l'acceptation du legs valait renonciation à la succession des père et mère, et renonciation immédiate. La condition devait-elle être effacée en maintenant le legs? C'eût été violer l'intention de la testatrice, qui entendait faire un arrangement de famille; donc l'acceptation du légataire donnait au legs l'effet d'un contrat. Le contrat était-il valable? Non, puisqu'il reposait sur un pacte successoire. La cour jugea en sens contraire (2).

Il arrive assez souvent qu'un conjoint ajoute à sa libéralité la condition que les biens du donataire ou du légataire seront partagés par moitié entre les héritiers de celui-ci et ceux du disposant. Le sentiment qui dicte cette

(1) Rejet, 22 janvier 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 178, 2º). Comparez Rejet du 16 janvier 1838 (Dalloz, *ibid.*, nº 187, 3º).
(2) Angers, 27 juillet 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 177).

condition est assez naturel; le donateur préfère sa femme à ses héritiers, mais il préfère ses héritiers à ceux de sa femme. C'est sans doute cette considération d'équité qui a engagé les cours d'appel à valider ces conditions. La cour de cassation les annule et les considère comme non écrites. A notre avis, la cour suprême a raison. En effet, désigner les héritiers du donataire, c'est faire un testament pour lui, c'est disposer de sa succession, ce qui est certes un pacte successoire. Vainement dit-on que le donateur dispose des biens par lui donnés. Ces biens, qu'il s'agisse d'une donation ou d'un testament, deviennent la propriété du donataire ou du légataire; à sa mort ils font partie de son hérédité : c'est à lui d'en disposer, et non à celui qui les a jadis donnés ou légués. La cour de cassation ajoute que cette condition viole non-seulement l'article 1130, mais encore l'article 1021; en effet, c'est léguer la chose d'autrui, quoique, au moment où il dispose, le donateur soit propriétaire des biens qu'il donne; mais il ne l'est plus au décès du donataire; pour mieux dire, il cesse d'en être propriétaire dès le moment où la donation est parfaite, et s'il s'agit d'un legs, dès l'ouverture du testament; donc la condition est contraire aux lois, et partant non écrite (1).

455. La condition de renoncer à une succession est-elle licite? Si l'hérédité est ouverte, il n'y a aucun doute; la condition est valable. Ce n'est autre chose que l'option entre deux droits pécuniaires, la libéralité et la succession; aucun principe ne s'oppose à une option pareille (2). Si la succession n'est pas ouverte, la renonciation constitue un pacte successoire, et elle est prohibée à ce titre par l'article 791; par suite la condition est contraire à la loi; ajoutée à une libéralité, elle doit être effacée. Cette décision, fondée sur la rigueur des principes, est loin d'être admise par tous les auteurs. La plupart distinguent, ils valident la condition, si la renonciation ne doit avoir lieu

(1) Cassation, 24 août 1841 et 2 mai 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 178, 5° et 6°); 11 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 471). Comparez Paris, 19 novembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 96).

(2) Rejet, 16 août 1843 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 175).

que lorsque la succession s'ouvrira; ils l'annulent si la renonciation se fait au moment où la donation se parfait ou lors de l'ouverture du legs (1). Cette distinction ne nous paraît pas juridique. D'ordinaire la condition est imposée par le père ou la mère qui dote sa fille. Par cela seul que la fille donataire accepte la libéralité, elle s'oblige à renoncer à la succession future du donateur, ou, s'il y a lieu, d'un tiers, comme dans l'espèce que nous venons de rapporter (n° 454). Or, s'obliger à renoncer à une hérédité non ouverte, c'est faire un pacte sur une succession future, donc la condition est illicite. Il en serait de même si un legs était fait sous cette condition. En acceptant le legs à une époque où la succession n'est pas ouverte, le légataire s'oblige à y renoncer; cela suffit pour qu'il y ait pacte successoire et pour que la condition soit illicite (2).

M. Demolombe propose une restriction à cette opinion. Il est regrettable, dit-il, que le donataire conserve la libéralité, alors qu'il accepte la succession, bien que la libéralité ne lui ait été faite que pour l'écarter de l'hérédité. D'après lui, il faut voir si la donation est un pacte aléatoire et à forfait; dans ce cas, on l'annulera en vertu de l'article 791. C'est dire, en d'autres termes, que si la libéralité apparente est, en réalité, un contrat onéreux, ou ce qu'on appelle un arrangement de famille, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 900. Ainsi formulée, la restriction n'est pas douteuse : c'est la distinction entre la donation et le contrat onéreux, le cas de l'article 900 et le cas de l'article 1172. En théorie, la distinction ne saurait être contestée, puisqu'elle est écrite dans la loi, mais l'application est très-délicate, et prête facilement à l'arbitraire. Il n'y a rien à dire en cette matière, sinon que le juge doit peser mûrement les circonstances de la cause. Sa décision sera souveraine, puisqu'elle portera sur l'appréciation des faits.

456. Que faut-il décider de la défense que le testateur fait à ses héritiers de laisser sa succession indivise? On

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 694. Troplong, n° 269 (t. I, p. 107).
(2) Duranton, t. VIII, p. 159, n° 146. Demolombe, t. XVIII, p. 311, n° 277.

suppose que la prohibition est temporaire, et qu'elle ne dépasse pas le temps pendant lequel les héritiers peuvent suspendre le partage. Nous avons répondu à la question au titre des *Successions* (1). Nous y avons aussi examiné la question de savoir si le testateur peut interdire à ses héritiers ou légataires la faculté d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire (2).

457. La clause suivante donne lieu à des difficultés sérieuses : le testateur, voulant rendre sa succession toute mobilière, ordonne que tous les immeubles en seront vendus à la réquisition de son exécuteur testamentaire dans la forme qu'il indique, soit devant notaire, soit en justice. Dans l'une des espèces qui se sont présentées devant la cour de cassation, les legs avaient été acceptés sous bénéfice d'inventaire. Se fondant sur le mode d'acceptation qui soumet la vente des biens à des formalités particulières, les légataires prétendirent que la condition formulée dans le testament était illicite. La cour d'Orléans rejeta leur demande, et sa décision fut maintenue par la cour de cassation. Il est dit dans l'arrêt que le testateur qui n'a pas d'héritiers réservataires peut mettre à ses libéralités telle condition qu'il lui plaît de prescrire, pourvu qu'elles ne soient contraires ni à la loi, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs; or, aucune loi, aucun principe ne s'oppose à ce que la succession soit mobilisée avant d'être distribuée entre les légataires. L'acceptation bénéficiaire ne porte que sur les biens tels qu'ils ont été légués; or, quand le testateur mobilise son hérédité, ce ne sont pas des biens immobiliers qu'il lègue, ce sont des valeurs mobilières; donc il n'y a pas lieu de remplir les formalités prescrites par la loi pour la vente des immeubles d'une succession acceptée bénéficiairement (3).

Dans une espèce identique, le débat a porté sur une autre difficulté. Le défunt n'avait pas d'héritiers à réserve, il avait institué treize légataires universels. Dans le but

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 438, n°s 273 et 244.
(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 438, n° 371.
(3) Rejet, 17 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 201).

de simplifier la liquidation de son hérédité, il nomma un exécuteur testamentaire, et lui conféra le pouvoir de vendre tous ses immeubles, pour en employer le prix à acquitter les legs particuliers et pour distribuer le reliquat entre ses légataires universels. Ceux-ci soutinrent que le testateur n'avait pas le droit de conférer ce pouvoir à l'exécuteur testamentaire. C'est la véritable difficulté qu'offre cette question. Dans l'affaire que nous venons de rapporter, cette difficulté n'avait pas été soulevée; la cour semble admettre comme un principe certain que le testateur peut donner à son exécuteur testamentaire le mandat de vendre ses immeubles. Mais comment concilier ce principe avec les dispositions du code qui régissent les pouvoirs des exécuteurs testamentaires? L'article 1031 dit qu'ils provoqueront la vente du mobilier, il ne parle pas des immeubles. Dira-t-on que les immeubles ne sont pas légués, que les légataires sont seulement appelés à recueillir des valeurs mobilières? Cela ne nous paraît pas exact. La transmission des biens s'opère au décès du testateur; dès cet instant les légataires, quel que soit leur titre, acquièrent la propriété des biens qui leur sont légués, et les légataires universels ont de plus la saisine de la possession, ils sont possesseurs et propriétaires en vertu de la loi. Ce sont donc leurs biens que l'exécuteur testamentaire vend; la question est de savoir si le testateur peut lui conférer ce pouvoir. La cour de Douai l'a décidée affirmativement dans un arrêt très-bien motivé.

Elle part de ce principe que le défunt qui n'a point d'héritiers réservataires peut disposer de ses biens comme il l'entend; la loi lui laisse la plus entière liberté quant au mode de les distribuer, sauf la restriction résultant de l'article 900. La difficulté se réduit donc à savoir si le testateur peut ordonner de mobiliser sa fortune. Aucune loi, dit la cour, ne le défend; l'ordre public et les bonnes mœurs sont hors de cause. Dira-t-on que les légataires universels étant saisis des biens, le testateur ne peut plus en disposer, ni conférer à l'exécuteur testamentaire le pouvoir de les vendre? L'arrêt répond que les légataires

universels sont, à la vérité, saisis des biens, mais qu'ils ne le sont que dans la mesure, selon le mode et dans les termes du testament; dans l'espèce, ils sont saisis des biens mobilisés par la volonté du testateur. Et cette volonté mérite toute faveur, puisqu'elle a pour objet d'épargner aux légataires les difficultés, les lenteurs et les frais des instances en partage, des licitations et des formalités qui absorbent une partie de l'actif héréditaire (1). Cela est très-vrai, mais cela ne répond pas aux doutes que nous avons soulevés. Le pouvoir du défunt sur ses biens cesse à sa mort, il n'est plus propriétaire, la propriété appartient aux légataires : peut-il entraver ce droit de propriété en donnant à un tiers, exécuteur testamentaire, le pouvoir de vendre les biens appartenant aux légataires? En principe, le pouvoir de l'homme sur ses biens cesse à sa mort; le mandat que la loi permet de donner à l'exécuteur testamentaire est une exception à ces principes, donc de stricte interprétation. La conséquence rigoureuse est qu'en dehors des limites tracées par le code, l'exécuteur testamentaire est sans pouvoir. Nous reviendrons sur ce point en traitant des exécuteurs testamentaires (2). La cour de cassation confirma la décision de la cour de Douai; elle a jugé que le droit conféré à l'exécuteur testamentaire de procéder à la vente des immeubles n'excède pas le pouvoir qu'il est permis au testateur de lui conférer (3). N'est-ce pas décider la question par la question?

458. Une difficulté analogue s'est présentée dans une autre espèce, et a été décidée dans le sens des principes que nous venons d'indiquer. Une testatrice dispose de trois immeubles, en usufruit au profit de sa nièce, et en nue propriété au profit des enfants de la légataire. Elle nomme un exécuteur testamentaire chargé de gérer ces biens ainsi que les autres biens qui doivent revenir à ses petits-neveux, jusqu'à ce que les garçons aient atteint l'âge de trente et un ans, et quant aux filles, jusqu'à l'époque

(1) Douai, 26 août 1847 (Dalloz, 1847, 2, 209).
(2) Rejet, 8 août 1848 (Dalloz, 1848, 1, 188).
(3) Voyez le tome XIV de mes *Principes*, nos 43 et 45.

de leur mariage. Si le mandataire décédait sans avoir nommé quelqu'un pour le remplacer, il devait y être pourvu par le président de la chambre des notaires. La gestion de l'exécuteur, après avoir duré onze ans, fut attaquée comme contraire à l'article 900. Il fut jugé que la testatrice avait dépassé les limites que l'article 1026 établit pour le mandat que le testateur peut donner à l'exécuteur testamentaire. Alors même, dit l'arrêt, que l'on voudrait distinguer entre le mandat que le testateur aurait donné au mandataire et celui qu'il a entendu donner à l'exécuteur testamentaire, les principes s'opposeraient à ce qu'il investît un mandataire de pouvoirs plus étendus que ceux que la loi permet de conférer à l'exécuteur testamentaire. Après tout, l'exécuteur testamentaire n'est rien qu'un mandataire, et la loi limite ses pouvoirs dans des bornes très-étroites, que le testateur ne peut pas dépasser. La cour de cassation laissa de côté la question générale du mandat, et s'en tint aux pouvoirs conférés à l'exécuteur testamentaire comme tel; ces pouvoirs, dit-elle, dépassent évidemment ceux qu'autorise l'article 1026; elle en conclut que la clause était nulle comme contraire à la loi, et qu'elle devait être réputée non écrite par application de l'article 900 (1).

459. Les conventions matrimoniales sont irrévocables; ce principe intéresse les tiers qui traitent avec les époux, il est donc d'intérêt général. Est-ce à dire qu'il lie les donateurs et les testateurs, en ce sens que les libéralités ne peuvent pas déroger aux conventions portées au contrat de mariage, ni aux conventions tacites résultant de l'adoption du régime de communauté légale? Il nous semble que le principe de l'irrévocabilité des pactes matrimoniaux ne concerne que les époux : ils ne peuvent pas, eux, changer leurs conventions; mais les donateurs et testateurs ne sont pas liés par le contrat de mariage de ceux auxquels ils veulent faire des libéralités. Le code lui-même consacre ce principe. De droit commun le mobilier futur entre dans l'actif de la communauté; néanmoins

(1) Rejet de la chambre civile du 20 mai 1867 (Dalloz, 1867, 1, 200).

l'article 1401 permet au donateur de déclarer que les valeurs mobilières qu'il donne à un époux n'entreront pas en communauté. Le principe ne peut donc être contesté, mais l'application n'en est pas sans difficulté.

On suppose que les époux sont mariés sous le régime de la communauté; un testateur lègue à la femme des immeubles avec cette clause que les biens seront inaliénables; il ordonne que les sommes d'argent qu'il lui lègue seront employées en immeubles également inaliénables. Il a été jugé que la condition d'inaliénabilité était contraire à la loi, puisqu'elle modifie les conventions matrimoniales, lesquelles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (art. 1395) (1). Ce motif de décider ne nous paraît pas péremptoire. Ce ne sont pas les époux qui, dans l'espèce, changent leurs conventions matrimoniales. Dira-t-on que l'intérêt des tiers s'oppose à tout changement, qu'il soit fait par les époux ou par un donateur ou testateur? Cela est vrai; mais cela n'empêche pas la loi de valider une libéralité qui attribue à la femme, comme propres mobiliers, des biens qui d'après le contrat de mariage devaient entrer en communauté, et par conséquent devenir la propriétés du mari. Nous croyons que la vraie difficulté consiste dans la clause de l'inaliénabilité. En principe cette condition est illicite, comme nous allons le dire. Toutefois la loi permet de stipuler que les biens de la femme seront inaliénables; c'est le droit commun pour les biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal. Toutefois la loi limite le droit des époux, en ce sens que la dotalité doit résulter d'une stipulation du contrat de mariage; et ce principe concerne les tiers aussi bien que la femme, puisque l'article 1541 prévoit les deux hypothèses, celle de la dot constituée par un tiers et celle de la dot constituée par la femme; puis l'article 1543 ajoute que la dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage. De là suit qu'aucun immeuble ne peut devenir dotal, c'est-à-dire inaliénable pendant le mariage, si le principe de la dotalité ne se trouve dans

(1) Caen, 18 décembre 1849 (Dalloz, 1851, 2, 233).

le contrat de mariage. Le législateur le décide ainsi parce que l'inaliénabilité est contraire à l'intérêt général. Or, la même raison de décider existe sous tous les régimes. Il suit de là qu'un immeuble donné ou légué à la femme pendant le mariage, n'importe sous quel régime, ne peut devenir inaliénable que si le contrat de mariage établit le principe de l'inaliénabilité. La cour de Caen a donc bien jugé, mais il importe toujours de préciser les vrais motifs de décider.

II. *De la défense d'aliéner.*

460. La défense d'aliéner est une clause assez fréquente. Est-elle illicite? Il y a bien des controverses sur cette question, et les doutes ne manquent point. A notre avis, la condition est illicite. Le principe est assez généralement admis, sauf que l'on y apporte des exceptions plus ou moins contestables. Une première difficulté se présente. On admet que la condition est illicite; cela suppose qu'il y a une loi qui la prohibe. Quelle est cette loi? Il n'y en a pas qui prononce formellement que la condition de l'inaliénabilité est illicite. Nous venons de citer les dispositions du code qui impliquent que le législateur réprouve l'inaliénabilité; s'il la permet sous le régime dotal, c'est à cause de la faveur due au mariage; encore la limite-t-il, en ce sens que l'inaliénabilité doit être stipulée par le contrat de mariage. L'article 896 fournit un argument analogue; il prohibe les substitutions; un des motifs de cette prohibition, c'est que les biens substitués sont hors du commerce, et cela est contraire à l'intérêt général qui exige la libre circulation des biens. Il suit de là que la condition de l'inaliénabilité est implicitement défendue par la loi. A l'appui de cette opinion, on peut encore citer l'article 6, lequel défend aux particuliers de déroger aux lois qui intéressent l'*ordre public*. Cette expression si vague s'applique dans sa plus large acception à l'*intérêt général*; et il n'est pas précisément nécessaire qu'il y ait une *loi* spéciale pour chaque cas qui peut se présenter, car, aux termes de l'article 1133, la cause

est illicite quand elle est contraire à l'ordre public. En combinant toutes ces dispositions, on peut poser en principe que toute condition contraire à l'intérêt général est illicite et tombe, comme telle, sous l'application de l'article 900. Or, l'inaliénabilité est en opposition avec une loi fondamentale de l'économie politique, celle qui demande la libre circulation des biens; cette loi intéresse au plus haut degré la richesse publique, et partant toute condition qui y déroge est contraire à l'intérêt général et, en ce sens, illicite. Cela est aussi fondé en raison. Quel que soit l'intérêt que le donateur ou le testateur a à stipuler la clause d'inaliénabilité, ce n'est qu'un intérêt privé; or, l'intérêt des individus doit être subordonné à l'intérêt général, sinon il n'y a plus de vie commune possible (1).

Il y a un arrêt de la cour de Lyon en ce sens; les motifs que la cour donne compléteront ce que nous venons de dire. Une testatrice institua deux légataires universels, en leur défendant de vendre, d'hypothéquer et même d'administrer les biens pendant les quarante années qui suivraient son décès; elle confiait l'administration à un exécuteur testamentaire; et au cas où celui-ci viendrait à mourir avant l'expiration des quarante ans, son remplaçant devait être nommé par le président du tribunal. Les légataires demandèrent que la condition fût déclarée illicite et non écrite; la cour de Lyon leur donna gain de cause. Elle part du principe que le propriétaire a le droit de disposer de ses biens comme il l'entend; mais ce droit s'arrête à sa mort, et passe tout entier aux héritiers du défunt. Dira-t-on que les héritiers reçoivent les biens sous les conditions que le testateur a mises à sa libéralité? Sans doute, mais ces conditions ne doivent pas être contraires à la loi, ni à l'intérêt public; or, telle est la condition qui, en défendant d'aliéner et d'hypothéquer, mettrait les biens hors du commerce et constituerait une mainmorte au moins temporaire (2). En vain objecterait-on que l'inaliénabilité n'est que temporaire : l'objection serait peu juri-

(1) Dalloz est le seul auteur qui établisse le principe d'une manière absolue (*Répertoire*, au mot *Dispositions*, n° 179).
(2) Lyon, 7 avril 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 179, 1°).

dique, car elle revient à dire que l'on peut blesser l'intérêt général pendant un certain temps, ce qui est absurde. Il est vrai que le législateur permet de faire certaines conventions à temps, tout en les prohibant en principe (art. 815); mais le législateur seul a ce pouvoir, il n'appartient pas à l'interprète de fixer arbitrairement un terme dans lequel l'inaliénabilité serait permise, tandis qu'elle ne le serait pas au delà de ce délai. Si l'inaliénabilité est contraire à l'intérêt général, la conséquence logique est que toute clause d'inaliénabilité est nulle. Toutefois la doctrine et la jurisprudence n'admettent pas le principe d'une manière aussi absolue. Il nous faut donc entrer dans le détail des difficultés que présente l'application du principe.

461. Tout le monde est d'accord quand la condition de ne pas aliéner est imposée d'une manière absolue et indéfinie, sans restriction et sans limite (1). Dans ce cas, on pourrait dire à la lettre que la condition ferait revivre la mainmorte, elle serait même plus funeste, puisque les gens de mainmorte pouvaient aliéner sous certaines conditions. Il a été jugé en ce sens que la condition d'incessibilité, apposée d'une manière absolue à la donation d'une rente perpétuelle, est nulle : elle aboutirait, dit l'arrêt, à une substitution sans fin. De là l'arrêt conclut que le donataire ne pouvait se prévaloir de la condition d'inaliénabilité pour demander la nullité d'une cession qu'il aurait consentie au profit d'un tiers; ce qui n'est point douteux. La clause d'inaliénabilité étant réputée non écrite, la chose reste dans le commerce, et par conséquent elle peut être valablement aliénée (2).

462. Ces principes reçoivent-ils leur application à la clause d'une donation ou d'un testament qui déclare incessibles les revenus d'un immeuble donné ou légué à une personne qui n'est pas héritière à réserve? Il a été jugé qu'aucune loi ne s'oppose à ce que le disposant ajoute

(1) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVIII, p. 321, nos 292 et 293. Rejet, 7 juillet 1868 (Dalloz, 1868, 1, 446). Liége, 5 mars 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 153).
(2) Douai, 23 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 245).

cette clause à sa libéralité. Dans l'espèce, il s'agissait d'une substitution permise, faite au profit des neveux du testateur. Le but était très-louable; le disposant voulait protéger son frère contre sa propre faiblesse, qui le portait à une prodigalité ruineuse pour lui et pour les siens. Mais n'était-elle pas contraire au principe de la libre circulation des biens? Non, dit la cour; car l'incessibilité n'empêche pas le bon et sage emploi des revenus qui en sont frappés; elle s'oppose seulement à ce qu'ils soient aliénés en masse et avant d'avoir pourvu aux besoins du légataire. Loin d'être contraire à l'ordre public, la clause est un acte de sagesse et de prévoyance, car il importe à la société que les citoyens ne tombent pas dans un dénûment complet. Opposera-t-on l'intérêt des créanciers? La loi elle-même déclare les aliments insaisissables; or, l'inaliénabilité a le même but. Toutefois la cour admet une restriction quant aux effets de la clause; elle n'empêche pas les tribunaux de valider les transports qui auraient été faits si les circonstances l'exigeaient; la cour le décide ainsi par analogie de l'article 582 du code de procédure (1).

Si les tribunaux pouvaient juger en équité, rien ne serait plus sage que cette décision. Mais ils sont liés par la loi et les principes. Or, on admet que la condition d'inaliénabilité est illicite, dès lors le juge ne peut la valider par des considérations particulières. Ce serait consacrer une exception, une dérogation à une loi d'ordre public; le législateur seul a ce pouvoir, lui seul peut déclarer que dans tels cas la règle qui s'oppose à l'inaliénabilité peut recevoir exception, parce que l'intérêt public n'est pas en cause. Vainement invoque-t-on l'intérêt du légataire : la loi veut que chacun veille lui-même à ses intérêts. Elle admet des exceptions pour les incapables, mais elle a soin d'en limiter les effets. S'agit-il d'un prodigue, elle permet de lui nommer un conseil, mais elle ne lui enlève pas la disposition de ses revenus (art. 513). S'agit-il de pourvoir à l'intérêt des enfants, la loi autorise les substitu-

(1) Caen, 12 juin 1854 (Dalloz, 1855, 2, 193).

tions, elle soumet le grevé à des restrictions, mais encore une fois, elle lui laisse la jouissance. Le testateur peut-il dépasser la loi? Ce serait la violer. Notre conclusion est que la condition d'inaliénabilité ne peut pas plus porter sur les revenus que sur la propriété.

463. La jurisprudence admet bien d'autres exceptions. D'abord elle permet au disposant d'imposer au donataire la condition de ne pouvoir ni hypothéquer, ni aliéner les biens donnés, durant la vie du donateur, dès que celui-ci y a un intérêt; et il suffit qu'il dise que l'aliénation ne pourra se faire sans son consentement, pour qu'il soit censé y avoir intérêt. La cour d'Orléans a jugé que cette clause n'était défendue par aucune loi. C'est décider la question par la question (1). De pareils arrêts n'ont aucune autorité. Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de Bourges. Elle ajoute que la prohibition n'est pas perpétuelle et absolue, mais temporaire et relative. Ce motif, qui figure dans la plupart des arrêts, témoigne contre la jurisprudence. Quand la prohibition sera-t-elle temporaire? suffit-il qu'elle ne soit pas perpétuelle? On pourra donc défendre l'aliénation pendant mille ans! Si on ne le peut pas, où sera la limite? et à qui appartient-il de la fixer? Est-ce au juge? Le législateur lui-même ne l'admettrait pas, par le seul caprice du donateur. On veut que le donataire demande le consentement du donateur; pourquoi? Parce que, dit la cour de Bourges, le donateur peut y avoir un intérêt éventuel. Ainsi pour l'intérêt incertain d'un particulier, on permet de déroger à un intérêt certain de la société! Vainement la cour dit-elle qu'il n'y a pas lieu d'invoquer dans l'espèce les considérations d'économie politique et d'intérêt général sur les inconvénients et le danger de l'indisponibilité des biens (2). L'intérêt général est lésé dès qu'un bien est mis hors du commerce, quand même la prohibition d'aliéner ne serait pas perpétuelle. Qu'est-ce qu'il y a d'éternel pour l'homme, être d'un jour?

(1) Orléans, 17 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 203).

(2) Bourges, 14 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 5, 257). Comparez Douai, 23 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 245); Paris, 15 avril 1858 (Dalloz, 1859, 2, 10).

Il y a des cas où le donateur est intéressé à défendre l'aliénation au donataire : quand il veut s'assurer le bénéfice du retour légal que la loi accorde à l'ascendant donateur. C'est ce motif qui paraît avoir déterminé la cour d'Angers; il est très-faible. Si le donateur veut s'assurer le retour des biens donnés, il a un moyen très-simple, c'est de le stipuler (art. 951 et 952). La cour convient que l'on doit placer au premier rang des conditions illicites la défense d'aliéner, parce que l'ordre public est intéressé à la libre circulation des biens; mais, dit-elle, cette vérité, reconnue en droit comme un axiome, a besoin d'être bien comprise; elle ne s'applique pas, au moins d'une manière absolue, aux interdictions temporaires de vendre; en effet, le code civil autorise formellement certaines prohibitions de cette nature; l'arrêt cite les substitutions permises (art. 1048, 1049) (1). Voilà un argument qui prouve contre la doctrine de la cour : est-ce que la jurisprudence aurait pu admettre cette exception si le législateur ne l'avait consacrée? Evidemment non. Dès que l'on reconnaît le principe, et la cour dit que c'est un axiome, il faut admettre que le législateur seul y peut apporter des exceptions, et ces exceptions nous les cherchons en vain dans le code.

Le donateur se réserve l'usufruit des biens donnés; il stipule que le donataire ne pourra les aliéner pendant la vie du disposant. Est-ce que l'intérêt qu'il a à ce que le donataire soit nu propriétaire plutôt qu'un tiers suffit pour valider la clause d'inaliénabilité? Nous répondons que c'est au législateur à peser les inconvénients et à décider. Nous doutons fort qu'il consacrât l'inaliénabilité pour mettre l'usufruitier à l'abri de désagréments très-légers, alors qu'il y a un intérêt public en cause; après tout, les droits de l'usufruitier ne souffrent aucune atteinte par l'aliénation. Aussi la cour de Lyon avait-elle décidé, dans l'espèce, que la condition était illicite, comme altérant le droit de propriété dans un des éléments essentiels qui le

(1) Angers, 29 juin 1842 (Dalloz, 1846, 4, 163). Comparez Nancy, 24 décembre 1869 (Dalloz, 1872, 2, 57).

constituent. Le donateur avait ajouté que le donataire ne pourrait aliéner, fût-ce avec son consentement. Est-ce qu'un propriétaire pourrait s'interdire à lui-même la faculté d'aliéner? S'il ne peut pas s'imposer cette entrave, il ne peut pas davantage l'imposer au donataire. Cependant la cour de cassation cassa l'arrêt de Lyon : elle donne pour tout motif que « l'interdiction temporaire, imposée dans l'intérêt du père donateur, ne peut être assimilée à une interdiction absolue et indéfinie, qui aurait pour résultat de mettre pendant *un long temps* les biens hors de la circulation (1). » *Pendant un long temps!* Qui décidera si le temps est long ou non? Sera-ce vingt ans? sera-ce cinquante ans? à quelle limite pourra-t-on dire que l'intérêt général doit l'emporter sur l'intérêt privé? Questions de législation que le législateur seul a le droit de résoudre. Les tribunaux ont fait la loi. Nous en trouvons l'aveu dans un arrêt de la cour de Rennes, confirmé par la cour de cassation. On y lit que la condition d'inaliénabilité temporaire des biens donnés est confirmée par la jurisprudence, la doctrine et l'usage (2). Nous ne reconnaissons ce droit ni à l'usage, ni aux auteurs, ni aux tribunaux.

464. Le disposant peut-il défendre l'aliénation des biens dans l'intérêt du donataire ou du légataire? On le prétend (3). En théorie, il nous semble qu'il faut laisser chacun juge de ses intérêts, à ses risques et périls ; c'est le seul moyen de développer les forces individuelles, tandis qu'on les arrête et on les atrophie quand on charge l'individu d'entraves et de chaînes; et quand l'énergie des individus se perd, que devient la société? Que chacun regarde autour de soi, et on sera obligé d'avouer que si la liberté a des inconvénients, elle a aussi des avantages que rien ne saurait remplacer. La jurisprudence est divisée : il y a des arrêts dans le sens de notre opinion. Il a été jugé que la clause par laquelle le testateur défend

(1) Cassation du 20 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1, 154), et sur renvoi, Grenoble, 25 janvier 1860 (Dalloz, 1861, 5, 104).
(2) Rejet, 27 juillet 1863 (Dalloz, 1864, 1, 494).
(3) Demolombe, t. XVIII, p. 327, n° 303.

à ses neveux et nièces de vendre les biens légués, jusqu'à ce qu'ils aient tous atteint leur majorité, doit être réputée non écrite, comme contraire à la loi (1). De même la clause de ne pas aliéner avant l'âge de trente ans a été considérée par la cour de Douai comme un conseil qui n'oblige pas celui à qui il est donné. Alors même, dit l'arrêt, qu'on admettrait la validité de la clause quand elle est de courte durée, l'héritier qui l'enfreindrait ne pourrait pas demander la nullité des aliénations ou des hypothèques qu'il aurait consenties, parce que, tenu de garantir, il ne peut pas évincer, et par suite ses héritiers seraient également non recevables (2).

Il y a une inconséquence dans cette jurisprudence. Si l'inaliénabilité temporaire n'est pas contraire à la loi, quand elle est stipulée dans l'intérêt du disposant, pourquoi serait-elle illicite lorsqu'elle est imposée dans l'intérêt du donataire? C'est bien dans l'intérêt de la femme que les immeubles dotaux sont frappés d'inaliénabilité; et quand elle aliène, elle peut demander la nullité de l'aliénation, sans que l'on puisse lui opposer l'adage qui ne permet pas d'évincer à celui qui doit garantie; cette maxime n'est applicable qu'à la revendication, elle ne l'est pas quand le demandeur agit en nullité. Il y a des arrêts en ce sens (3).

La loi déclare certains biens du débiteur insaisissables par des considérations d'humanité, pour assurer sa subsistance et sa vie. On demande si le donateur ou le testateur peut déclarer inaliénables les choses qu'il peut déclarer insaisissables. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider la négative (4). Dans l'opinion que nous venons d'enseigner, cela va sans dire; nous n'admettons la clause d'inaliénabilité que lorsqu'elle est autorisée par la loi; or, en permettant de stipuler que certaines choses ne pourront être saisies par les créanciers du dé-

(1) Paris, 11 mars 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 179, 2º).
(2) Douai, 29 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 68), et 23 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 245).
(3) Voyez les arrêts cités par Demolombe, t. XVIII, p. 327, nº 303.
(4) Douai, 23 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 245). Demolombe, t. XVIII, p. 332, nº 309, et les auteurs qu'il cite.

biteur, elle n'entend pas mettre ces choses hors du commerce. Dans l'opinion générale, il y a une nouvelle contradiction. Si la condition d'inaliénabilité est licite lorsqu'elle est temporaire et qu'elle est stipulée dans l'intérêt du donataire ou du légataire, on doit admettre comme conséquence du principe que les choses nécessaires à la vie peuvent être déclarées inaliénables pendant la vie de celui à qui elles sont données ou léguées ; quel plus grand intérêt peut-il y avoir que celui de l'existence?

465. Quand la défense d'aliéner est stipulée dans l'intérêt d'un tiers, la jurisprudence, d'accord avec la doctrine, valide la condition. Les arrêts vont nous apprendre combien cette opinion est arbitraire. Un testateur lègue une partie de sa fortune, très-considérable, à deux de ses petits-neveux, en les chargeant du service de deux rentes viagères, l'une de 1,500 francs et l'autre de 400 francs ; pour assurer le payement de ces rentes, il frappe d'inaliénabilité tous les biens légués, s'élevant à près de 300,000 francs. Cette clause fut déclarée licite. Elle n'est pas contraire à la loi, dit la cour ; c'est la question ; les exceptions invoquées dans le réquisitoire du procureur général prouvent que, dans l'esprit de la loi, toute condition d'inaliénabilité est considérée comme contraire à l'intérêt général : peut-on permettre au testateur d'ajouter de nouvelles exceptions? Telle est la difficulté, et on ne la tranche pas en disant que cette condition n'est pas prohibée par la loi. La cour ajoute que, dans l'espèce, elle avait pour but de garantir un intérêt sérieux. Supposons qu'il soit sérieux : est-ce que l'inaliénabilité dont sont frappés des biens d'une valeur de 300,000 francs, pendant la vie des crédirentiers, n'est pas aussi un intérêt sérieux? Qui a le droit de balancer ces intérêts divers? Voilà une seconde difficulté. A notre avis, il n'y a pas de doute ; dès qu'il y a un intérêt général en cause, l'intérêt particulier lui doit être subordonné, à moins que le législateur ne fasse une exception pour un intérêt légitime. Est-ce que l'intérêt des crédirentiers exigeait que les biens légués fussent mis hors du commerce? Cela n'est pas sérieux, quoi qu'en dise la cour. Le testateur, en supposant

que les crédirentiers n'eussent pas l'hypothèque légale de l'article 1017, ne pouvait-il pas accorder une hypothèque pour la sûreté des rentes, ou charger les légataires d'en accorder? D'après notre nouvelle loi hypothécaire, le testateur a ce droit (art. 44). Cela nous paraît décisif. La cour de cassation, fidèle à sa jurisprudence, a maintenu la décision, en invoquant le motif sur lequel sont fondés tous ses arrêts en cette matière, c'est « que l'interdiction temporaire et purement relative d'aliéner, imposée par un testateur à ses légataires, ne peut être assimilée à l'interdiction absolue et indéfinie qui aurait pour résultat de mettre, pendant un long terme, les biens légués hors de la circulation (1). » La cour fait la loi, et elle la fait très-mal. Qu'est-ce qu'un *long terme?* Le législateur se garderait bien de faire une loi pareille; et qui donne ce droit aux tribunaux? On dira qu'il n'y a pas de loi formelle qui prohibe la clause temporaire; y a-t-il une loi formelle qui prohibe la clause stipulée pour un *long temps?*

La jurisprudence de la cour de cassation est constante; elle a décidé, par un arrêt récent, que si la prohibition absolue d'aliéner est nulle comme contraire à l'intérêt public de la libre circulation des biens, il en est autrement de la prohibition temporaire, qui est justifiée par l'intérêt sérieux et légitime, soit du donateur, soit des tiers. Dans l'espèce, l'interdiction ne portait que sur l'usufruit légué, elle était donc temporaire; l'arrêt ajoute qu'elle était imposée dans l'intérêt des légataires de la nue propriété, autant que dans celui des légataires de l'usufruit, pour prévenir les causes de conflit, en maintenant l'usufruit sur la tête de personnes étroitement unies au nu propriétaire par les liens de la parenté (2). Nous admettons la légitimité de cet intérêt. Mais peut-on le comparer à l'intérêt général qui demande la libre circulation des biens? La liberté, en toutes choses, vaut mieux que les chaînes.

466. Il y a des conditions qui imposent seulement

(1) Douai, 27 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 89), et Rejet, 12 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 475).
(2) Rejet, 9 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 309).

certaines entraves à l'exercice du droit de propriété. Une testatrice lègue sa maison à son frère, en déclarant qu'il pourra en disposer comme il le voudra, sauf qu'il ne pourra donner la propriété de ladite maison à son épouse; elle ajoute qu'elle ne veut même pas que celle-ci en ait l'usufruit coutumier. Il a été jugé que cette clause d'indisponibilité toute spéciale est valable. La cour de Bruxelles invoque l'article 1401, n° 1, qui permet au donateur de stipuler que le mobilier donné n'entrera pas en communauté. Il nous semble que la différence est grande entre les deux hypothèses; dans le cas de l'article 1401, le donateur n'entrave pas le droit de disposition du donataire; il dit seulement qu'il entend gratifier l'époux et non la communauté, ce qui est très-légitime, le donateur étant libre de donner à qui il veut; tandis que la défense d'aliéner imposée au légataire est une restriction au droit de propriété, lequel permet au propriétaire de disposer de sa chose comme il l'entend. Il en est de même de l'article 1405, d'après lequel le donateur d'un immeuble peut déclarer qu'il tombera en communauté, ou qu'il restera propre au donataire. Il n'y a là aucune entrave au droit de propriété (1). Dans l'espèce, nous aurions annulé la clause litigieuse; et notre décision est certes fondée en raison, comme nous la croyons fondée sur la rigueur du droit. Est-ce pour donner au testateur le moyen de satisfaire des rancunes, des haines ou des jalousies de femme que le législateur a sanctionné le droit de tester? Peut-on dire de pareilles dispositions que le testateur se montre plus sage que la loi?

Autre est la question de savoir si le mari, administrateur des biens de la femme sous le régime de la communauté, peut être privé de l'administration des biens donnés ou légués par le disposant. L'affirmative a été jugée, et avec raison. Ici l'on peut se prévaloir, par analogie, de l'article 1401, puisqu'il en résulte que le donateur n'est pas lié par les conventions matrimoniales. D'autre part,

(1) Bruxelles, 20 octobre 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 500, et Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 180, 2°).

la loi permet à la femme de se réserver la libre administration de ses biens ; donc la clause litigieuse n'est pas contraire à la puissance maritale. Enfin, loin d'enchaîner le droit de propriété, elle affranchit la femme propriétaire d'une entrave, en lui donnant la libre administration des biens donnés (1).

467. Si l'on admet que la condition d'inaliénabilité est valable, de nouvelles difficultés se présentent sur les effets qu'elle produit. Il va sans dire que l'aliénation consentie au mépris de la prohibition est nulle ; l'acquéreur étant évincé aura une action en garantie contre le vendeur. Cette action est régie par les principes que nous exposerons au titre de la *Vente*. Il a été jugé, par application de ces principes, que le vendeur doit, en tout cas, rembourser le prix qu'il a touché, mais qu'il n'est tenu des dommages-intérêts que si l'acheteur ignorait le danger de l'éviction (2).

Qui peut demander la nullité? Celui dans l'intérêt duquel la prohibition a été établie a le droit d'agir; cela est de toute évidence. Mais le donataire pourrait-il intenter l'action? On enseigne la négative (3). Nous nous sommes prononcé pour l'opinion contraire, dans le cas où la prohibition d'aliéner a été imposée dans l'intérêt du donataire (n° 464). Quand elle a été stipulée au profit du donateur ou d'un tiers, le donataire a-t-il également le droit d'agir en nullité? On dit qu'il ne peut évincer celui auquel il doit garantie; l'article 1560 répond à l'objection. La loi permet au mari de demander la nullité de la vente d'un immeuble dotal, bien qu'il soit vendeur, et tenu comme tel à la garantie ; et elle donne le même droit à la femme qui vend un fonds dotal. C'est une conséquence de l'inaliénabilité ; la chose vendue n'est pas dans le commerce, donc la vente est nulle. Or, on peut agir en nullité tout en étant tenu à la garantie. Mais il y a une autre raison de décider. Qui peut, en principe, agir en nullité? Toute partie intéressée, quand la nullité est d'ordre public ; tan-

(1) Bruxelles, 6 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 77).
(2) Douai, 27 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 89).
(3) Demolombe, t. XVIII, p. 330, n° 306.

dis que l'action n'appartient qu'à celui dans l'intérêt duquel elle a été introduite, lorsque la nullité est d'intérêt privé. Or, la prohibition d'aliéner, bien loin d'être établie dans un intérêt général, est contraire à l'intérêt de la société. Cela est décisif. Si l'on admet que la prohibition est valable, c'est dans l'intérêt privé du donateur ou d'un tiers; il n'y a par conséquent que les parties intéressées qui aient le droit d'agir.

468. La prohibition d'aliéner entraîne-t-elle la défense d'hypothéquer et de consentir des droits réels, tels que servitudes, usufruit? Nous répondons négativement et sans hésiter. Il est vrai que celui qui ne peut aliéner ne peut hypothéquer, ni concéder des droits réels; mais cela suppose ou que le concédant n'est pas propriétaire, ou qu'il est incapable. Or, dans l'espèce, le donataire est propriétaire, et nous le supposons capable. Il faut donc laisser de côté le principe général que nous venons de rappeler pour s'en tenir à la condition prohibitive; cette clause, qui déroge à une loi d'ordre public, est par cela même de la plus stricte interprétation; il en faut donc limiter les effets aux termes de l'acte. De là suit que la défense d'aliéner n'emporte pas défense d'hypothéquer, ni de concéder des droits réels. Il a été jugé, par application de ces principes, que la défense de disposer par vente, échange ou autrement, et d'hypothéquer sans le consentement du donateur, n'empêchait pas le donataire d'établir un usufruit sur ces mêmes biens par une institution contractuelle (1).

469. On demande si la prohibition d'aliéner emporte défense de disposer par testament? Il y a ici deux principes en conflit. La clause est de stricte interprétation au point de vue de l'intérêt général; on en pourrait conclure que si elle défend seulement d'aliéner, ou de disposer pendant la vie du donateur, rien n'empêche le donateur de disposer par testament. Mais il y a un autre principe qui domine celui-ci, c'est la volonté du disposant; si sa volonté est d'assurer le droit de retour, il est certain

(1) Angers, 13 août 1853 (Dalloz, 1853, 2, 204).

que son but ne serait pas atteint si le donataire pouvait léguer les choses données; il faut donc, pour garantir l'accomplissement de sa volonté, que la prohibition s'étende aux dispositions testamentaires. La jurisprudence est en ce sens (1). Mais si le donateur avait seulement pour objet, en se réservant l'usufruit, d'empêcher que le donataire n'aliénât la nue propriété de son vivant, il va sans dire que celui-ci pourrait léguer la nue propriété, en ajoutant la clause que le legs ne s'ouvrirait qu'à la mort de l'usufruitier.

170. La prohibition d'aliéner entraîne-t-elle la défense de saisir? C'est une question d'intention : il faut répondre avec la cour de cassation que le but du donateur qui stipule l'inaliénabilité n'est atteint que si le bien donné est mis hors du commerce; la clause serait illusoire si le donataire pouvait donner indirectement à ses créanciers le droit d'aliéner. Le bien étant inaliénable doit être insaisissable. Il en est ainsi des immeubles dotaux sous le régime dotal; il en doit être de même si l'on admet que le donateur peut mettre le bien hors du commerce pendant un certain temps. Faut-il distinguer entre les créanciers antérieurs à la donation et les créanciers postérieurs? Nous allons dire que l'on fait cette distinction pour la condition d'insaisissabilité. La cour de cassation a décidé que la clause d'inaliénabilité exclut toute distinction; les créanciers antérieurs ne peuvent pas se plaindre, puisqu'ils n'ont pas traité avec le débiteur en comptant sur un bien qu'il ne possédait point; les créanciers postérieurs ont, à la vérité, pour gage tous les biens de leur débiteur, mais il faut faire exception pour ceux dont le débiteur ne peut disposer; dans l'espèce, le donataire ne peut pas donner à ses créanciers un droit d'aliéner qu'il n'a point lui-même (2).

(1) Bourges, 14 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 5, 257). Paris, 15 avril 1858 (Dalloz, 1859, 2, 10).
(2) Rejet, 27 juillet 1863 (Dalloz, 1864, 1, 494).

III. *De la défense de saisir.*

471. Le code de procédure permet au donateur et au testateur de déclarer insaisissables les sommes et objets donnés. Par le mot *objet* l'article 581 entend les objets mobiliers. On demande si le disposant a le même droit quant aux immeubles. L'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence est que les immeubles dont le donateur ou le testateur a la libre disposition peuvent être déclarés insaisissables, avec cette restriction que la clause d'insaisissabilité n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers antérieurs. Ainsi limitée, dit la cour de cassation, la condition n'est ni impossible, ni prohibée par la loi, ni contraire aux bonnes mœurs; elle est, au contraire, virtuellement consacrée par l'article 581 du code de procédure. Il est vrai que cet article, placé sous la rubrique de la saisie-arrêt, ne prévoit que l'insaisissabilité des meubles; mais il y a même raison de décider quant aux immeubles. Vainement invoque-t-on les droits des créanciers; ils n'ont pour gage que les biens possédés par leur débiteur au moment où ils traitent avec lui; quant aux biens qui lui adviennent postérieurement, ils n'ont pas pu y compter; ils ne peuvent donc pas se plaindre d'être trompés. Dans l'espèce, la clause d'insaisissabilité avait été stipulée par la femme testatrice, et on prétendait qu'elle l'avait fait pour soustraire frauduleusement les biens aux créanciers du mari. L'arrêt répond qu'il ne peut y avoir de fraude à déclarer insaisissables les biens que l'on lègue au débiteur, les créanciers n'y ayant jamais eu aucun droit : la testatrice était libre de ne pas les léguer à son mari, elle ne frustre donc pas les créanciers du mari en les déclarant insaisissables (1).

Dès que l'on admet que le donateur peut frapper les biens d'inaliénabilité, on doit admettre aussi qu'il peut les déclarer insaisissables : qui peut le plus, peut le

(1) Cassation du 20 décembre 1864 (Dalloz 1865, 1, 24), et sur renvoi, Toulouse, 4 mars 1867 (Dalloz, 1867, 2, 61). Comparez rejet, 27 juillet 1863 (Dalloz, 1864, 1, 494).

moins. La condition d'inaliénabilité met les biens hors du commerce à l'égard des tiers acquéreurs et à l'égard des tiers créanciers; si cette condition est licite, à plus forte raison l'est-elle quand le donateur stipule seulement que les biens donnés seront insaisissables : c'est une mise hors du commerce partielle. Quant à la distinction que l'on fait entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs, elle est fondée sur l'article 582 du code de procédure, qui permet aux créanciers postérieurs de saisir les objets mobiliers que le donateur ou le testateur a déclarés insaisissables. Dans l'opinion généralement suivie qui admet la validité de la clause d'insaisissabilité, la distinction ne se conçoit pas. La cour de cassation dit que la condition d'inaliénabilité est très-licite, et qu'elle entraîne l'insaisissabilité sans distinguer entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs. Elle permet donc de mettre un bien hors du commerce d'une manière absolue; et après cela la cour décide que la clause d'insaisissabilité n'empêche pas les créanciers postérieurs de saisir. Cela est illogique. Pour mieux dire, cela prouve que, dans l'esprit de la loi, la condition d'inaliénabilité n'est pas licite; c'est la seule explication que l'on puisse donner de l'article 582.

472. Dans l'opinion que nous avons enseignée sur la condition d'inaliénabilité, il faut décider que la clause d'insaisissabilité est illicite. En effet, c'est une mise hors du commerce partielle; or, l'intérêt général exige que les biens restent dans le commerce; donc toute condition qui les met hors du commerce, ne fût-ce qu'à l'égard d'une certaine catégorie de créanciers, est contraire à l'intérêt général, et par suite nulle. Les textes confirment cette opinion, comme l'a très-bien établi un arrêt de la cour de Riom. Aux termes de l'article 2092 (art. 7 de notre loi hypothécaire), « quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers *présents et à venir*. » Ce principe, en assurant l'exécution des obligations contractées par le débiteur, est aussi une garantie publique des transactions civiles et commerciales. Donc toute convention

ou condition qui tend à restreindre l'application du principe est contraire à la loi, contraire à l'intérêt général et à la confiance qui doit présider aux relations des hommes On invoque l'article 581 du code de procédure; mais cette disposition est une exception au principe formulé par l'article 2092, donc de stricte interprétation; c'est par des considérations d'humanité que le législateur a permis de mettre certaines choses mobilières à l'abri de l'action des créanciers. On n'étend pas les exceptions; dès que l'on n'est plus dans les termes de la disposition exceptionnelle qui défend aux créanciers de saisir, on rentre dans la règle qui les autorise à saisir les biens présents et à venir du débiteur. Vainement dit-on que les créanciers n'ont pas compté sur les biens à venir; en fait, cela est inexact, et en droit la distinction est repoussée par les termes formels de l'article 2092. L'opinion rigoureuse que nous soutenons est aussi fondée en raison et en équité. Comme le dit la cour de Montpellier dans l'arrêt que la cour de cassation a cassé, le principe de l'article 2092 est d'ordre public; l'ordre et la morale ne veulent pas, en effet, que des créanciers, réduits à l'indigence, soient condamnés à être les témoins de l'opulence de leur débiteur qui a engagé envers eux ses biens à venir, quelle que soit leur origine (1).

473. La clause d'insaisissabilité, en la supposant valable, donne lieu à une difficulté singulière. On demande si, étant écrite dans un testament, elle aura effet à l'égard des créanciers du défunt, devenus créanciers personnels de l'héritier par son acceptation pure et simple de la succession? Il est certain que le débiteur ne peut pas déclarer ses biens insaisissables à l'égard de ses propres créanciers, personne n'ayant le droit de soustraire ses biens au gage dont ils sont frappés par la loi (2). Mais voici le motif de douter. L'héritier à l'égard duquel les biens légués ont été déclarés insaisissables accepte la suc-

(1) Riom, 23 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 2, 122). Montpellier, 16 janvier 1852 (Dalloz, 1865, 1, 24). Les auteurs sont divisés (Demolombe, t. XVIII, p. 334, nº 311, et les auteurs, en sens divers, qu'il cite).
(2) Paris, 29 janvier 1867 (Dalloz, 1868, 2, 12).

cession purement et simplement; par suite il s'opère une confusion des deux patrimoines de l'héritier et du défunt, les créanciers du défunt deviennent les créanciers personnels de l'héritier; dès lors ne sont-ils pas soumis à toutes les restrictions auxquelles les créanciers de l'héritier, leur débiteur, sont assujettis? D'après la rigueur des principes, il faudrait le décider ainsi. Vainement les créanciers du défunt diront-ils qu'ils sont créanciers du défunt et que le défunt, leur débiteur, n'a pas pu leur enlever le gage qu'ils ont sur ses biens; ne peut-on pas leur répondre qu'ils ne sont plus créanciers du défunt, qu'ils sont créanciers de l'héritier, qu'il n'y a plus de biens du défunt, qu'il n'y a plus que des biens de l'héritier, et que, parmi ces biens, il s'en trouve qu'ils ne peuvent pas saisir? La cour de Paris l'avait décidé ainsi, mais son arrêt a été cassé (1). Ce qui a prêté à l'annulation de sa décision, c'est qu'elle avait jugé que les créanciers du défunt auraient dû demander la séparation des patrimoines, afin de conserver leur gage sur les biens de leur débiteur. Cela était inexact, car la séparation de patrimoines est seulement demandée contre les créanciers de l'héritier, auxquels les créanciers du défunt sont préférés, s'ils remplissent les formalités prescrites par la loi. Or, dans l'espèce, les créanciers de l'héritier étaient hors de cause, eux-mêmes étant soumis à la clause d'insaisissabilité. Il fallait donc laisser de côté la séparation des patrimoines et décider que la loi n'offre aucun moyen aux créanciers du défunt de se mettre à l'abri de la clause d'insaisissabilité. C'eût été mettre la cour de cassation en demeure de prouver comment, tout en devenant créanciers personnels de l'héritier, les créanciers restent créanciers du défunt; et nous ne voyons pas comment la cour se serait tirée de cette difficulté. Il y a une lacune dans la loi.

(1) Cassation, 17 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 152).

N° 6. DE LA DÉFENSE D'ATTAQUER LE TESTAMENT.

474. Il arrive fréquemment que le testateur ajoute aux dispositions qu'il fait une clause pénale portant défense à ses héritiers de les attaquer, sous peine d'être privés de l'avantage qu'ils doivent retirer du testament. On demande si la défense est valable. Il nous semble qu'il faut appliquer à la clause pénale qui se trouve dans les testaments les principes qui régissent la peine en matière de contrats. Qu'il s'agisse d'une convention ou d'un legs, la peine a toujours le même but, c'est d'assurer l'exécution d'une disposition principale. De là ce principe que la peine est une clause accessoire dont la validité dépend de la validité de la disposition principale; la nullité de la disposition principale entraîne la nullité de la clause pénale (art. 1227). Si la disposition principale est valable, la clause pénale le sera aussi, à moins qu'elle-même ne renferme une cause de nullité. Or, la condition de ne pas attaquer le testament n'est par elle-même ni impossible, ni contraire à la loi, ni immorale; elle tend à maintenir la volonté du testateur, et le testateur a le droit de vouloir, puisque sa volonté fait loi. En principe donc la défense d'attaquer le testament n'a rien que de légitime. Mais cela suppose que la volonté du testateur est illégitime. S'il veut ce qu'il n'a pas le droit de vouloir, il ne peut pas donner force à sa volonté en y ajoutant une peine; la disposition principale étant nulle, la clause pénale devient également nulle.

De là suit que la question de l'effet attaché à la peine dans un testament dépend des dispositions que le testateur a voulu sanctionner. Sont-elles illicites, la peine tombe avec la disposition principale, et par conséquent l'héritier peut attaquer la disposition illicite, sans encourir la peine que le testateur a prononcée contre ceux qui attaqueraient le testament. Mais si les dispositions sont licites, le testateur a pu les sanctionner par une peine, et l'héritier l'encourra s'il contrevient à la défense. La volonté manifestée dans la clause pénale doit recevoir son exécution, comme toutes les volontés légitimes du défunt.

Quand la volonté du testateur est-elle légitime? quand est-elle illégitime? Nous venons de répondre à la question : le testateur qui n'a point d'héritiers réservataires peut disposer de ses biens comme il l'entend, avec cette restriction, qu'il ne lui est pas permis d'imposer des conditions contraires à l'intérêt général; ces conditions sont illicites, et la loi les répute non écrites. Certes il ne peut pas dépendre du testateur de les rendre efficaces en y ajoutant une peine. Il en est autrement quand le testateur a disposé de ses biens sous des conditions que la loi autorise; s'il y a ajouté une peine, la clause pénale obligera l'héritier. Ce que nous disons des conditions s'applique à toute espèce de dispositions, sous quelque forme qu'elles soient faites : dès qu'il y a un intérêt général en cause, le testateur n'y peut déroger, ni donner force à ses dérogations en les sanctionnant par une peine. Tandis que les dispositions d'intérêt privé, légitimes en elles-mêmes, peuvent être renforcées par des peines, lesquelles lieront celui qui contreviendra à la défense d'attaquer le testament. Le principe n'est pas contesté, mais l'application fait naître de nombreuses difficultés (1).

I. *Des cas dans lesquels la défense est nulle.*

475. Quand la condition implique une substitution fidéicommissaire, il n'y a aucun doute; le testateur a beau comminer des peines contre ceux qui attaqueraient le testament, la disposition principale est prohibée et nulle pour les considérations les plus graves, tenant toutes à l'intérêt général; donc la nullité de la disposition principale doit entraîner la nullité de la peine; les héritiers ont le droit de l'attaquer; il ne peut être question de les punir pour avoir usé d'un droit qui est presque un devoir (2).

476. Il y a des incapacités de recevoir qui sont d'ordre public. Les corporations religieuses non reconnues sont

(1) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVIII, p. 314, n° 278. Comparez une note dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1846, 1, 5, qui établit bien le principe.

(2) Rejet de la chambre civile du 30 juillet 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 185, 2°).

frappées d'une incapacité absolue, et il va sans dire que toute défense d'attaquer des libéralités faites à leur profit serait vaine. Une donation est faite à un hospice en contravention de l'édit de 1749; par un testament postérieur la donatrice institue un légataire universel, sous la condition de ne point rechercher l'hospice au sujet de la donation immobilière qu'elle lui avait faite; sinon elle institue un autre héritier. La donation ayant été attaquée, on demanda l'exécution de la clause pénale. Il a été jugé que la condition de ne pas attaquer la donation faite aux hospices était illicite, parce qu'elle avait pour objet de valider une libéralité que les lois défendent; on devait donc la considérer comme non écrite, ce qui entraînait la nullité de la peine (1). La jurisprudence met une grande rigueur dans l'application de ces principes. Il est arrivé que les testateurs, voulant empêcher le gouvernement de réduire leurs dispositions au profit de la famille, ont ajouté une clause pénale, par laquelle ils déclarent révoquer l'institution par eux faite si elle ne reçoit pas son exécution pleine et entière, et instituent, en ce cas, un autre héritier. Ces clauses, ayant pour objet de forcer la main au gouvernement et d'entraver l'exercice d'un droit qui est d'ordre public, sont par cela même frappées de nullité. Il y a, dans ce cas, deux vices; le testateur ne peut pas disposer au profit d'un établissement d'utilité publique, sous la condition expresse ou tacite que le gouvernement en autorise l'acceptation pour le tout; il ne peut pas sanctionner cette disposition par une clause qui a le même but et est entachée par conséquent du même vice (2).

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît être contraire à cette jurisprudence, puisqu'il a validé, en un certain sens, la clause dont le but était de donner force à la volonté du testateur. Voici l'espèce. Le testateur institue un hospice légataire universel, et au cas où l'hospice ne pourrait pas recueillir le bénéfice du legs, il lui substitue un légataire universel étranger, à l'exclusion de

(1) Rejet, 14 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 185, 1°). Comparez Troplong, n° 264 (t. I, p. 105 de l'édition belge).
(2) Voyez, plus haut, p. 368, n° 268.

ses sœurs, héritières légitimes. L'hospice fut autorisé à accepter le legs, mais seulement pour moitié. De là la question de savoir à qui l'autre moitié des biens serait déférée. C'est sur la réclamation des sœurs du défunt et dans leur intérêt que le gouvernement avait réduit le legs universel fait à l'hospice. Régulièrement les biens retranchés à l'établissement public reviennent aux successeurs *ab intestat*. Cela était-il possible dans l'espèce? Non, dit la cour de Paris, car la volonté bien formelle du testateur était d'exhéréder ses parents, héritiers présomptifs. Or, cette volonté était très-légitime, puisque le défunt en avait le droit. Il fallait donc donner effet à la volonté du testateur. Et que voulait-il? Que le légataire par lui substitué aux hospices recueillît les biens si les hospices n'en pouvaient profiter. La conséquence était évidente. Les biens ne pouvaient passer aux héritiers légitimes; ils devaient profiter au légataire universel. Il y a ceci de singulier dans cette décision, que l'institué et le substitué viennent ensemble au legs. La singularité s'explique par l'incapacité qui frappe les établissements publics, ils ne sont capables que dans la limite de l'autorisation qui leur est accordée; au delà de ces limites, ils ne peuvent pas profiter du legs, donc le substitué appelé à leur défaut doit le recueillir dans cette mesure. La cour de cassation confirma l'arrêt de la cour de Paris (1).

477. La captation et la suggestion sont-elles des vices d'ordre public qui autorisent les héritiers à agir en nullité, malgré la défense qui leur est faite d'attaquer le testament? Il y a un motif de douter : le débat s'agite entre les héritiers et un légataire ou donataire, tous personnes privées qui se disputent le patrimoine du défunt. Ce sont, en apparence, des intérêts particuliers. Cependant la cour de cassation a jugé, et avec raison, que la clause pénale dont le but serait d'assurer l'exécution d'une libéralité, œuvre de la captation ou de la suggestion, est nulle, en ce sens qu'elle implique une de ces conditions contraires aux lois et aux mœurs que l'article 900 répute non écrites.

(1) Rejet, 18 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 1, 124).

En effet, si réellement il y a captation ou suggestion, il y a dol (n° 133); la clause tendrait donc à protéger le dol qui a dépouillé la famille d'un patrimoine auquel elle était appelée, et le dol profiterait à ceux qui ont pratiqué les manœuvres frauduleuses. Certes cela serait profondément immoral. D'un autre côté, la libre volonté du disposant tient aussi à l'ordre public; la loi donne au propriétaire le droit de tester, c'est-à-dire de déroger à l'ordre de succession que le législateur a établi, en se fondant sur le vœu de la nature; mais pour que la volonté de l'homme l'emporte sur la volonté de la loi, il faut qu'elle soit libre; donc toutes les causes qui altèrent la liberté du disposant sont d'ordre public. Par conséquent, les héritiers peuvent, malgré toutes clauses qui leur défendent d'attaquer les dispositions du défunt, en demander la nullité, comme n'étant pas l'expression de la volonté libre du disposant (1).

Toutefois la cour de cassation ajoute une restriction à cette décision : « sauf, dit-elle, à voir ultérieurement si la clause pénale doit ou non être appliquée aux héritiers. » La clause pénale est nulle si réellement il y a eu captation et suggestion; mais s'il n'y a pas eu de dol, si la volonté du disposant a été libre, s'il a institué des étrangers au lieu de laisser ses biens à ses parents, à cause de l'indifférence que sa famille lui témoignait, il n'y a plus aucune raison pour écarter la clause pénale; la condition de ne pas contester les dispositions d'un testament faite par le testateur à ses légataires, sous peine de privation ou de nullité de leurs legs, n'est en elle-même ni impossible ni contraire aux mœurs; elle ne devient illicite que lorsqu'elle tend à maintenir des dispositions illicites. Or, dans l'affaire jugée par la cour de cassation, une décision judiciaire avait rejeté la demande en nullité formée par un légataire contre le testament de son oncle, action qu'il avait principalement fondée sur la suggestion et la captation. Il était donc prouvé, entre les parties, que le testament était valable dès l'origine et qu'il n'avait pas cessé de l'être, malgré la contestation dont il était devenu

(1) Rejet, 27 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 257). Comparez Troplong, n° 265, t. I, p. 106 de l'édition belge; Demolombe, t. XVIII, p. 318, n° 286.

l'objet de la part de l'un des légataires; partant c'était un acte légitime, et dont les dispositions étaient bien l'expression de la volonté du testateur, que celui-ci avait voulu maintenir contre les attaques de ses parents; ce qui est très-légitime. C'est le devoir de la famille de respecter la volonté de leur parent, et le testateur peut légitimement imposer une peine à ses légataires, s'ils manquaient à ce devoir (1).

478. L'état des personnes est essentiellement d'ordre public; aussi la loi donne-t-elle à toute personne intéressée le droit d'intenter l'action en contestation d'état. Si le testateur, dans la prévision que l'état de l'un de ses enfants sera contesté après sa mort, impose à ses héritiers la condition de ne pas attaquer le testament par lequel il a fait une égale distribution de ses biens entre eux, encourront-ils la peine si, malgré la défense, ils contestent la légitimité de l'un des héritiers institués? Non, car il serait contraire à l'ordre public que l'état d'enfant légitime fût usurpé par un enfant qui n'y a aucun droit. L'ordre public est intéressé à ce que la demande soit intentée, afin d'écarter de la famille celui qui n'a pas le droit d'en prendre le nom ni d'en recueillir les avantages (2).

479. La réserve est-elle d'ordre public? L'affirmative n'est point douteuse. Il est vrai qu'elle consiste en un droit pécuniaire, et les droits patrimoniaux sont en général d'intérêt privé, en ce sens que le législateur les abandonne aux libres conventions des parties intéressées. Mais il n'en est pas ainsi de la réserve. Si le législateur ne permet pas au père de disposer de tous ses biens quand il laisse des enfants, c'est qu'il a des devoirs à remplir envers ceux auxquels il a donné la vie; or, tout devoir qui incombe au père comme tel est d'ordre public. C'est encore pour la conservation des familles que le législateur a établi des réserves; et certes c'est là le plus grand des intérêts sociaux, puisqu'il n'y a point de société sans

(1) Cassation du 22 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 5), et sur renvoi, Amiens, 17 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 99).
(2) Lyon, 8 juillet 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 186).

familles. Donc la réserve est à tous égards d'intérêt général, et par suite la clause pénale qui tendrait à priver un enfant de sa réserve ou à la réduire est contraire aux lois et, comme telle, réputée non écrite. Le principe est certain, mais l'application n'est point sans difficulté.

Il s'est présenté des cas où le conflit né entre le père et son fils, à l'occasion d'un mariage contracté au mépris de l'autorité paternelle, avait dégénéré en haine véritable. Le père avait menacé son fils de l'exhéréder au moment où le notaire lui faisait les sommations respectueuses, et il persévéra dans ces sentiments de colère jusqu'à son décès, en combinant toutes ses dispositions dans la vue de dépouiller son enfant des droits que lui assurait la loi. La clause du testament par laquelle il léguait à sa fille le disponible au cas où son fils ne respecterait pas ses volontés n'avait pas d'autre but. Et que disait-il? Il mettait à la charge de son fils une dette de 44,000 francs, et reconnaissait à sa fille une créance de 30,000 francs. Si, dit la cour de Paris, le fils avait respecté ces déclarations, sa réserve eût été entièrement absorbée au profit de sa sœur. La cour décida, et cela était évident, que la clause pénale tendait à couvrir une illégalité en privant le fils de sa réserve. Elle ajoute qu'il y a quelque chose de profondément immoral dans une clause qui ne laisse à l'enfant que le choix, ou d'une exhérédation complète par sa soumission aux volontés du testateur, ou d'une réduction de ses droits à la réserve légale, par le seul effet d'une réclamation légitime contre des affirmations dénuées de fondement. On objectait cependant que le testateur était libre de disposer de la quotité de biens que la loi elle-même déclare disponible. Oui, répond la cour, mais il ne lui est pas permis d'user d'une faculté légale dans le seul but de sanctionner des dispositions manifestement contraires à l'égalité des partages, laquelle est d'ordre public, et de punir un héritier dont l'unique tort serait de n'avoir pas consenti à se laisser dépouiller de sa réserve (1).

(1) Paris, 28 janvier 1853 (Dalloz, 1855, 2, 40). Comparez Rejet, 31 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 521).

480. Heureusement ces excès sont rares : il y a plus d'enfants ingrats que de pères coupables. Les tribunaux sont placés entre deux écueils dans les tristes débats qui divisent les familles ; ils sont disposés à repousser l'enfant qui s'élève contre la volonté paternelle, lorsque tout prouve que le père a agi de bonne foi ; mais alors ils se mettent en opposition avec la loi, et ils doivent avoir pour devise : la loi avant tout. Or, la loi donne une réserve à l'enfant, il ne peut en être privé, pas plus en partie que pour le tout, pas plus par une erreur du père que par un dessein frauduleux. Le juge doit donc toujours écouter l'enfant qui se plaint que sa réserve est entamée par les dispositions du père, malgré la clause pénale qui le lui défend ; sauf à lui appliquer la peine s'il ne prouve pas ses allégations (1). La cour de Dijon avait méconnu ces principes dans une espèce très-favorable au testateur. Une aïeule fait entre ses enfants le partage de sa succession future, ainsi que des biens provenant de l'hérédité de son mari décédé et restés indivis entre ses mains ; prévoyant que son petit-fils ne respectera pas ses dispositions, elle le prive de la portion des biens dont la loi lui donne la libre disposition dans le cas où il troublerait l'harmonie de la famille en attaquant le partage. Le petit-fils méconnut la volonté de son aïeule, en prétendant que sa réserve était entamée. La cour, sans l'admettre à la preuve, et par le seul fait qu'il contestait les dispositions que la testatrice lui avait ordonné de respecter, lui appliqua la peine. C'était dépasser la loi. En fait, la cour avait raison ; il n'était pas contesté que la testatrice eût pour ses enfants une égale affection. « Personne, dit l'arrêt, n'ose l'accuser d'exclusion ou de préférence, encore moins de dol ou de fraude ; elle avait fait le partage avec intelligence et avec la plus religieuse impartialité ; si elle a placé l'exécution de sa volonté sous la menace d'une clause pénale, ce n'a été que pour mieux assurer le principe d'égalité qu'elle proclame dans ses testaments, et pour maintenir la paix et la concorde dans

(1) Bruxelles, 20 mai 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 293).

sa famille. » On ne peut qu'applaudir aux bons sentiments qui animaient la testatrice et qui ont entraîné la cour. Mais comment l'arrêt écarte-t-il une action qui est fondée sur des motifs d'ordre public, et comment applique-t-il une peine avant de s'être assurée que la réserve était intacte? La cour décide que la testatrice avait laissé à son petit-fils l'option entre deux partis : il pouvait renoncer à la portion disponible, en attaquant le partage fait par son aïeule, ou conserver ses droits en se soumettant aux conditions que le testament lui imposait. Il a fait son choix en refusant ces conditions; donc il encourt la peine. La cour de cassation n'a pas admis ce système qui paralyserait toujours l'action de l'enfant, car il ferait une perte certaine, celle de sa part dans le disponible, pour un avantage incertain, l'issue de la contestation étant toujours chanceuse. Que prétendait le petit-fils de la testatrice? Que sa réserve était entamée par les conditions que le partage lui imposait. Si cette prétention était fondée, le partage était illégal, et par suite la clause pénale devait être réputée non écrite comme couvrant une illégalité. Que voulait la testatrice? Elle privait son petit-fils du disponible pour le cas où il n'accepterait pas ces conditions. Elle établissait donc une peine pure et simple, et elle n'entendait pas laisser au réservataire une alternative entre deux partis à prendre. En cas de clause pénale, il y a toujours un choix à faire entre la soumission et la désobéissance; mais ce choix est contraire à la loi, en ce sens que l'un des partis que le réservataire peut prendre, celui de la soumission, le priverait de sa réserve ou l'entamerait; l'une des alternatives est donc illégale, et par suite le testateur n'a pas le droit de l'imposer ni de la sanctionner par une peine (1).

Après l'arrêt de cassation, un procès s'engagea sur les conditions que le réservataire attaquait comme cachant des donations déguisées et portant atteinte à sa réserve. Il fut forcé de reconnaître que trois au moins de ces conditions n'entamaient nullement sa légitime; quant à la

(1) Dijon, 8 mars 1861, et cassation, 9 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 36).

dernière condition litigieuse, l'oncle, dans l'intérêt duquel elle avait été établie, y renonça. Restait à décider si le réservataire avait contrevenu aux volontés de la testatrice d'une manière assez grave pour encourir la peine. L'affirmative n'était guère douteuse; la cour de Nancy le réduisit à la réserve, juste peine, dit-elle, de sa désobéissance prolongée et de l'injure faite à la mémoire de son aïeule (1). Nouveau pourvoi. Il y avait un motif de douter; c'est la quatrième condition qui était réellement illicite; mais cette condition était venue à tomber par la renonciation de celui qui en devait profiter, et néanmoins le petit-fils avait continué à contester les autres dispositions, ce qui le soumettait à la peine, puisque ces dispositions ne portaient aucune atteinte à la réserve (2).

481. Toute dérogation aux dispositions du code concernant le partage des successions n'est pas illicite, alors même qu'un réservataire serait partie à l'acte. Il faut voir si la clause du testament qui déroge à la loi porte atteinte à la réserve; dans ce cas, il n'y a plus de question, on applique les principes que nous venons d'exposer. Si la réserve reste entière, la dérogation, n'étant pas contraire à une loi d'ordre public, est valable, et par suite la clause pénale qui en assure l'exécution doit être appliquée à l'héritier contrevenant. Le testateur prescrit la vente de certains de ses immeubles, puis il déclare que celui de ses héritiers qui ne respectera pas ses dernières volontés sera privé de sa part dans la quotité disponible. On demande si la clause pénale est valable. La disposition qu'elle a pour but de sanctionner est contraire à l'article 826, qui donne à chaque héritier le droit de demander sa part en nature, lorsque les immeubles sont commodément partageables. Mais ce droit a été conféré aux héritiers dans leur intérêt privé; ils peuvent y renoncer, et par conséquent le testateur y peut déroger, sans contrevenir à aucun principe d'ordre public (3); donc il n'y a

(1) Nancy, 13 février 1867, chambres réunies (Dalloz, 1867, 2, 36).
(2) Rejet de la chambre civile, 2 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 403).
(3) Nous supposons, avec la jurisprudence, que la clause qui ordonne de vendre les immeubles est valable. Voyez plus haut, n° 457, p. 596.

pas lieu de se prévaloir de l'article 900 et d'annuler la clause pénale, comme tendant au maintien d'une disposition illicite. Il en serait autrement, dit la cour de cassation, si la vente des immeubles que la testatrice avait ordonnée devait avoir pour résultat de porter atteinte à la réserve légale de ses enfants. Mais, dans l'espèce, l'arrêt attaqué constatait que la vente des biens ne pouvait, dans aucune hypothèse, entamer la réserve que l'arrêt ordonnait de délivrer en nature au demandeur en nullité. Dès lors l'héritier qui avait contrevenu aux volontés de la testatrice devait encourir la peine dont elle avait menacé ceux qui ne les respecteraient point (1).

482. La nullité fondée sur des vices de forme est-elle d'ordre public, en ce sens que les héritiers peuvent demander la nullité du testament, de ce chef, sans encourir la peine que le testateur a comminée contre ceux qui attaqueraient ses dispositions? La cour de cassation a jugé l'affirmative par un arrêt très-bien motivé. Elle pose en principe que la forme des testaments est de droit public. Pourquoi cette rigueur quand il s'agit de simples formalités? L'article 1001 répond à la question; il prononce la nullité des testaments pour l'inobservation des formalités auxquelles les testaments sont assujettis, parce que ces formalités ont pour objet de garantir la libre expression de la volonté du testateur. Quand donc un testament est nul en la forme, on en doit conclure qu'il n'est point l'expression de la volonté du testateur, c'est-à-dire qu'il n'y a point de testament. La volonté du testateur qui défend d'attaquer un acte sans valeur peut-elle lui donner une force quelconque? la clause pénale peut-elle valider un testament qui n'existe pas aux yeux de la loi? Cette clause est contraire à la loi, contraire à l'ordre public, qui ne permettent pas de maintenir un testament, alors que la volonté du testateur n'est pas légalement exprimée. La succession légitime doit dans ce cas l'emporter : cela n'est pas douteux. Mais, ajoute la cour de cassation, si les héritiers, malgré la clause pénale, ont le

(1) Rejet de la chambre civile du 15 février 1870 (Dalloz, 1870, 1, 182).

droit d'agir en nullité, ils le font à leurs risques et périls. Lors donc que le tribunal déclare leur action mal fondée, ils subiront la peine. En effet, ils auront attaqué injustement un acte qui était l'expression libre et légitime de la volonté du testateur; or, le testateur a le droit de sanctionner ses volontés par une peine, quand il dispose des biens dont il avait le droit de disposer, et sous des conditions licites (1).

II. *Des cas dans lesquels la défense d'attaquer le testament est valable.*

483. En principe, on ne saurait contester à celui qui dispose des biens dont la loi lui permet de disposer, et sous des conditions licites, le pouvoir de sanctionner ses volontés par une peine. On a souvent comparé le testateur à un législateur : sa volonté fait loi. Or, celui qui fait une loi peut y attacher une sanction. Les contrats sont assimilés aux lois; aussi les parties contractantes peuvent-elles y ajouter une peine. Par la même raison, ce droit doit appartenir au testateur. Cela n'est point contesté (2). On trouve, à la vérité, dans les considérants d'un arrêt une objection tellement vague qu'on en pourrait conclure que la cour de Paris a entendu contester le principe de la clause pénale : « Attendu, dit-elle, que tout citoyen a le droit de recourir à la justice pour obtenir la réformation d'un acte qui peut lui porter préjudice; que ce droit est d'ordre public et ne peut lui être ravi sans son consentement. » Sans doute, on ne peut défendre l'action en justice à celui qui a un droit à faire valoir. Mais, dans l'espèce, l'héritier n'a pas ce droit, puisqu'il est légataire sous une condition qui ne lui permet point d'agir. En réalité, le considérant dépasse la pensée de la cour; il s'agissait d'une demande en nullité, fondée sur la captation; la clause pénale ne s'opposait pas à l'action des héritiers, puisque cette cause de nullité est d'ordre public (n° 477); en ce sens, la cour de Paris avait raison

(1) Rejet de la chambre civile du 18 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 24). Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Peine testamentaire*, n° IX.
(2) Gand, 10 mars 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 229).

de dire qu'il serait dangereux et contraire à la loi d'interdire l'action; la clause pénale était donc illicite, et elle devait être réputée non écrite; seulement il fallait faire une restriction pour le cas où la captation ne serait point démontrée; c'est pour n'avoir pas fait cette réserve que l'arrêt de la cour de Paris a été cassé (1).

484. Nous pouvons donc poser en principe que la clause pénale est valable quand elle a pour objet de garantir des intérêts privés. La jurisprudence a fait des applications fréquentes du principe. Il y a des cas où la nature de l'intérêt que le testateur a voulu sauvegarder n'est point douteuse. Un testateur lègue une maison avec ses dépendances à son neveu; et pour le cas où le légataire serait troublé dans la jouissance de ce legs par un des parents du disposant, il l'institue légataire universel. Une contestation s'éleva entre le frère, héritier légitime du défunt, et le légataire, sur le point de savoir si une grange était comprise dans le legs; le tribunal jugea que la revendication du frère était mal fondée, que par suite la clause pénale était encourue. Il y avait un motif de douter : ne pouvait-on pas dire que l'héritier légitime respectait le legs, qu'il contestait seulement l'interprétation que lui donnait le légataire? La cour décida que la volonté du testateur avait été méconnue dans un de ses effets, et que, par suite, la peine était encourue; sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet (2). Dans une autre espèce, le legs était fait au profit de la femme du testateur; dans le cas où le testament serait attaqué par ses héritiers, le disposant instituait sa femme légataire universelle; il en avait le droit, puisqu'il ne laissait que des parents collatéraux; son seul but était d'empêcher des discussions de famille, toujours pénibles et souvent malheureuses pour la mémoire du défunt tout ensemble et pour ceux qui lui survivent. Nous citons les termes de l'arrêt; ils sont décisifs, puisqu'il en résulte qu'il n'y avait que des intérêts privés engagés dans le débat (3).

(1) Paris, 25 janvier 1841, et cassation, 22 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 6).
(2) Amiens, 13 août 1846, et Rejet, 5 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 1, 256).
(3) Limoges, 13 août 1856 (Dalloz, 1856, 5, 100). Comparez Orléans,

485. Aux termes de l'article 1021, le legs de la chose d'autrui est nul. Cette disposition est-elle d'ordre public? La négative est certaine. En effet, léguer la chose d'autrui, ce n'est point disposer de la chose d'autrui, c'est léguer la valeur de la chose; les jurisconsultes romains validaient le legs, quand le testateur savait que la chose ne lui appartenait pas. La décision des auteurs du code civil porte donc uniquement sur une question d'interprétation de la volonté du défunt, question d'intérêt privé. D'où suit que si une clause pénale est ajoutée au testament, la peine sera encourue. Vainement dirait-on que la disposition est illégale, puisqu'elle est contraire à l'article 1021; une condition n'est pas illicite dans le sens de l'article 900, par cela seul qu'elle est en opposition avec un texte; il faut de plus que la loi soit d'ordre public. Cela est décisif (1).

L'héritier qui contreviendrait à une clause pareille encourrait donc la peine. Serait-ce y contrevenir que de se refuser à délivrer la chose léguée? Ce n'est pas attaquer, dit la cour de cassation, c'est se défendre (2). La distinction est subtile, et s'il fallait appliquer la clause à la rigueur, nous la repousserions; en effet, la défense aboutit au même résultat que l'attaque, c'est-à-dire a invalider la disposition, ce que le testateur a voulu empêcher par la clause pénale. Mais la décision se justifie par un autre motif, c'est que la jurisprudence reconnaît aux tribunaux un pouvoir d'appréciation qui leur permet de décider que l'héritier n'a pas contrevenu à la volonté du testateur, en tenant compte des circonstances de la cause. Nous examinerons cette doctrine plus loin.

486. Les partages d'ascendant contiennent souvent la défense d'attaquer l'acte sous peine de perdre tout droit dans le disponible. Rien de plus légitime, si la défense n'a pour objet que de maintenir un partage régulier. Le partage a pour but de prévenir les contestations et les dis-

9 août 1836, et Rejet, 16 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 187); Gand, 10 mars 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 229).

(1) Besançon, 14 mai 1845 (Dalloz, 1849, 1, 254).

(2) Rejet de la chambre civile du 25 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 230).

sensions qui s'élèvent trop souvent entre copartageants. Pour que ce but soit atteint, il faut que le partage soit à l'abri de toute attaque : tel est l'objet de la clause pénale. Elle doit assurer le repos de la famille, intérêt privé tout ensemble et public. A tous égards donc la clause est valable, et elle mérite faveur. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la doctrine (1). Il a été jugé que la clause obligeait tous les copartageants, même les mineurs (2). La minorité des héritiers ne peut pas entraver le droit de l'ascendant; ils ne peuvent pas invoquer le bénéfice des lois qui règlent la forme du partage dans lequel des mineurs sont intéressés, car les partages d'ascendant ne sont pas soumis à ces formes. D'un autre côté, les motifs qui légitiment la clause pénale reçoivent leur application aux mineurs comme aux majeurs; les uns et les autres sont intéressés à ce que la paix de la famille ne soit pas troublée.

Toutefois les partages d'ascendant ne sont pas toujours aussi favorables; ils ont parfois un autre mobile que celui de maintenir la paix dans la famille. Il est si facile d'avantager un des enfants par la manière de composer les lots, même en dépassant le disponible et en portant par conséquent atteinte à la réserve. L'ascendant pourra-t-il avantager l'un de ses enfants au préjudice des autres, en imposant, sous une peine quelconque, le silence à ceux qui sont lésés? Non, certes; car dès que la réserve est entamée, le partage viole une loi qui est d'ordre public; dès lors il ne s'agit plus d'intérêts privés; on rentre dans la première hypothèse : la clause pénale a pour objet de couvrir une illégalité, illégalité qui devient une cause de discordes et de haines. Il faut que l'action en nullité soit ouverte aux enfants lésés, afin de maintenir l'égalité entre frères et sœurs (3). Bien entendu que les enfants agiront à leurs risques et périls, comme le dit la cour de cassa-

(1) Rejet, 1er mars 1830 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 187, 2°); Liége, 17 mars 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 66). Caen, 31 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 2, 154). Troplong, t. I, p. 106, n° 267.

(2) Besançon, 16 janvier 1846 (Dalloz, 1847, 2, 127).

(3) Rejet, 21 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 521).

tion; de sorte que s'il est prouvé que leur réserve n'est pas entamée, il est prouvé par cela même qu'ils ont attaqué injustement le partage de l'ascendant; ils subiront la peine qui leur est imposée. De là suit que la clause pénale ne doit pas être appliquée par cela seul que le testament est attaqué; le demandeur ne peut pas encourir de peine, alors qu'il use d'un droit. Ce droit suppose que la clause pénale avait pour but de couvrir une atteinte à la réserve. Si l'estimation des biens et les documents du procès prouvent que la réserve n'est pas entamée, l'attaque aura été injuste et par suite la peine sera prononcée (1).

Les héritiers qui attaquent le testament ont essayé de se mettre à l'abri du risque qu'ils courent en demandant, non la nullité du testament, mais une expertise préalable dans le but de constater si la réserve est entamée ou si elle reste entière. Ont-ils ce droit? La cour de cassation de Belgique le leur reconnaît (2); la cour de cassation de France le leur refuse (3). Nous croyons que cette dernière décision est plus conforme à la rigueur des principes. L'expertise est une mesure d'instruction qui a pour objet d'éclairer le juge sur le fondement de la demande qu'il est appelé à juger. Cela suppose que le juge est saisi d'une demande, et que l'expertise lui paraît nécessaire pour statuer sur le litige. Or, quand les héritiers viennent lui demander une expertise, ils ne saisissent le tribunal d'aucune action; ils n'agissent pas en nullité ni en réduction, ils ne prennent aucune conclusion; les demandeurs ne veulent pas éclairer les juges sur un litige qui n'existe pas encore, ils veulent s'éclairer eux-mêmes sur le parti qu'ils doivent prendre. Le juge ne peut pas faire droit à une demande pareille; car il ne lui est pas permis de sta-

(1) Bordeaux, 9 juin 1863 (Dalloz, 1863, 2, 207), et Rejet de la chambre civile du 14 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 173). Rejet, 28 février 1856, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1856, 1, 319). Comparez Demolombe, t. XXIII, p. 57, n[os] 61-65; Réquier, *Des partages d'ascendants*, p. 106, n° 78.

(2) Rejet, 22 juin 1837 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 188, 5°, et *Pasicrisie*, 1837, 1, 106); Liége, 11 juin 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 66).

(3) Rejet, 30 mai 1866 (Dalloz, 1867, 1, 265).

tuer alors qu'on ne conclut à rien. Cette doctrine est aussi fondée en raison. Le testateur, en défendant d'attaquer le partage, déclare par là même que ce partage est légal, qu'il ne porte pas atteinte à la réserve; il veut que ses héritiers s'en tiennent à sa déclaration; dès qu'ils la mettent en doute, en demandant une expertise, ils contreviennent à la volonté du défunt, si le résultat de l'expertise prouve que la réserve n'est pas entamée. Ils doivent donc encourir la peine; ils ne peuvent pas l'éluder en s'abstenant de conclure. Ce qui prouve que ce serait éluder la volonté du testateur, c'est que la demande d'expertise, si elle était admise, mettrait toujours les héritiers à l'abri de la peine : si l'expertise prouvait que la réserve n'est pas entamée, ils n'agiraient pas : si elle prouvait que la réserve est entamée, ils agiraient; mais dans cette hypothèse, la peine ne serait pas applicable. L'opinion que nous combattons modère la rigueur de la clause pénale; le juge n'a pas ce pouvoir, pas plus pour la peine testamentaire que pour la peine conventionnelle; dans l'un et l'autre cas, il y a une loi qu'il doit respecter.

487. Il est arrivé que dans l'acte attaqué par les héritiers il y avait des clauses licites et des clauses illicites. Si les héritiers attaquent les unes et les autres, encourront-ils la peine? L'affirmative a été jugée et, bien que rigoureuse, cette opinion doit être suivie (1). En effet, la défense d'agir est absolue; dès que les héritiers demandent la nullité du testament, ils sont en faute; et ils ne peuvent être excusés que si leurs prétentions sont reconnues fondées; s'ils ont attaqué injustement certaines clauses, ils ont manqué à la mémoire du défunt, et par conséquent la peine est encourue (1).

III. *Effet de la clause pénale.*

488. L'héritier encourt-il la peine par cela seul qu'il attaque le testament au mépris de la clause pénale? Nous avons d'avance répondu à la question. Quand la disposi-

(1) Orléans, 5 février 1870 (Dalloz, 1870, 2, 49). Comparez Rejet, 2 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 403).

tion sanctionnée par la peine est d'ordre public, l'héritier a le droit d'agir en nullité, malgré la clause pénale; on ne peut donc pas lui appliquer la peine, par cela seul qu'il agit en justice; mais il agit à ses risques et périls. Si le testament est maintenu, il encourt la peine (nos 479 et 480). Lorsque la disposition, quoique contraire à la loi, est d'intérêt privé, l'héritier encourt la peine, par cela seul qu'il conteste, car il n'a pas le droit d'agir au nom de l'intérêt public; si donc il agit, c'est dans son intérêt; s'il trouve qu'il a plus d'intérêt à attaquer le testament, tout en encourant la peine, qu'à le maintenir, il fait son choix, et il en doit accepter les conséquences. Peu importe l'issue du procès. S'il le gagne, il subira néanmoins la peine, puisqu'il s'y est volontairement soumis en agissant; s'il le perd, il doit subir les conséquences de son choix; il aura fait un mauvais calcul, en choisissant une alternative qui le met en perte. La cour de Cologne a consacré cette opinion dans une espèce où le partage d'ascendant était attaqué du chef de la composition des lots, mais sans que l'on prétendît qu'il y eût une atteinte portée à la réserve. L'intérêt des copartageants était seul engagé dans le débat; c'était à eux de choisir en acceptant le partage, bien qu'irrégulier, avec les avantages qui y étaient attachés, ou en l'attaquant à cause de ces irrégularités, sauf à encourir la peine. En prenant ce dernier parti, ils se soumettaient d'avance à la clause pénale (1).

489. Le principe, que l'héritier encourt la peine par cela seul qu'il attaque le testament, soulève des difficultés dans l'application. Toute peine implique une contravention. Peut-on dire que toujours, et dans tous les cas, l'héritier contrevient à la volonté du défunt par cela seul qu'il demande la nullité du testament? Dans l'ancien droit, on considérait les clauses pénales, qu'on appelait clauses *privatives*, comme simplement comminatoires, en ce sens que les tribunaux ne les appliquaient que si l'héritier était de mauvaise foi (2). Il a été jugé qu'il en est de même sous

(1) Cologne, 23 avril 1852 (Dalloz, 1853, 2, 222).
(2) Liége, 11 décembre 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 188, 1°).

l'empire du code civil. La cour de Gand invoque l'autorité de nos anciens jurisconsultes et de la pratique judiciaire. Il est inutile de discuter ces témoignages; il faudrait commencer par prouver que les auteurs du code ont entendu maintenir l'ancien droit; or, le code ne prévoit pas la difficulté, et les travaux préparatoires n'en disent rien. La question doit donc être décidée d'après les principes; et à ce point de vue, elle n'est pas douteuse. Les peines écrites dans une convention ou dans un testament ne sont pas plus une menace que les peines prononcées par la loi. Il résulte de l'article 1231 que le juge ne peut pas modifier la peine conventionnelle; à plus forte raison ne peut-il pas l'écarter comme une simple menace, et ce qui est vrai des conventions est vrai aussi des testaments. Cela est décisif. A vrai dire, l'arrêt de la cour de Gand n'est pas un arrêt de principes, c'est une décision de fait que les circonstances révoltantes de la cause ont arrachée à la conscience des magistrats. Déféré à la cour de cassation, l'arrêt a dû être cassé (1).

490. Alors même que la peine n'est pas considérée comme une simple menace, on peut se demander si les tribunaux ont, en cette matière, un pouvoir d'appréciation qui leur permet de ne pas appliquer la peine, en tenant compte des circonstances de la cause. On lit dans les considérants d'un arrêt que la peine n'est pas encourue quand la contestation a une cause légitime (2). Cela est trop absolu. Lorsqu'il s'agit d'une nullité d'ordre public que le testateur a voulu couvrir par une clause pénale, il y a une cause légitime de contestation, et par suite la peine n'est encourue que si la demande en nullité est rejetée; il est jugé alors qu'il n'y avait pas de cause légitime. Quand la contestation est d'intérêt privé, il ne peut plus être question de cause légitime; les héritiers font leur choix entre deux alternatives, et s'ils se décident à attaquer le testament, ils acceptent par cela même la peine. Les tribunaux ont-ils encore le droit, dans cette

(1) Gand, 18 avril 1863, et cassation, 10 mars 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 88, et 1864, 1, 249. Dalloz, 1864, 2, 81).
(2) Amiens, 18 août 1846 (Dalloz, 1847, 1, 256).

hypothèse, de prendre en considération les circonstances particulières du fait (1)? Ils n'ont qu'un seul droit, celui d'interpréter la clause, en se conformant aux principes généraux qui régissent l'interprétation des actes.

S'il y avait doute sur le sens de la clause pénale, il va sans dire que la peine ne serait pas encourue; on ne peut pas faire un crime à l'héritier d'avoir méconnu la volonté du défunt, alors que cette volonté est douteuse; le doute doit s'interpréter en faveur de celui qui est accusé d'avoir manqué de respect au testateur; là où il n'y a pas de faute, on ne peut pas appliquer de peine, car il n'y a pas de contravention (2).

Puisqu'il s'agit de contravention à la volonté du testateur, il faut avant tout examiner quelle est cette volonté. D'ordinaire la volonté du défunt est impérieuse, il faut s'y tenir. Mais s'il résulte des termes de l'acte que le père n'a entendu priver un de ses descendants d'un legs qu'au cas où son partage serait attaqué par esprit de tracasserie et envie de nuire, et contre son intérêt bien entendu, dans ce cas, le fait seul du tuteur qui attaque le partage, en se faisant autoriser par le conseil de famille, et dans l'intérêt de son pupille, ne doit pas entraîner la déchéance du legs; ce serait appliquer la peine contre la volonté de celui qui l'a établie (3). Ce pouvoir d'interprétation n'est pas sans danger, les tribunaux y peuvent mettre trop d'indulgence; ils doivent toujours se rappeler qu'ils sont, non des ministres d'équité, mais des interprètes de la loi.

Quand le testateur précise les dispositions qu'il défend d'attaquer, la peine doit être restreinte aux cas qu'il a prévus; car il est de l'essence de toute peine d'être de stricte interprétation (4).

(1) Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 319, n° 288.
(2) Liége, 5 août 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 7).
(3) Aix, 13 février 1829, et Rejet, 18 mai 1831, de la chambre civile (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 188, 3°).
(4) Montpellier, 3 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 188, 2°).

§ IV. *Des conditions contraires aux bonnes mœurs.*

N° 1. DÉFINITION.

491. Aux termes de l'article 900, les conditions *contraires aux mœurs* sont réputées non écrites. Quand une condition est-elle contraire aux mœurs? Il ne faut pas que le fait immoral soit prévu par une loi; l'article 6 parle de conventions dérogeant aux lois qui intéressent les bonnes mœurs; l'article 900 est plus général : alors même qu'il n'y aurait pas de loi, il suffit que la condition soit contraire aux mœurs pour qu'elle soit réputée non écrite. Mais plus la disposition est générale, plus elle est vague et difficile à définir. Nous avons essayé ailleurs d'en préciser le sens (1); mais la doctrine ne peut pas imposer ses définitions; en l'absence d'un texte qui définit les *mœurs* et ce qui leur est *contraire*, il faut dire, avec la cour de La Haye, qu'il appartient au juge de décider, dans chaque espèce, si la condition est contraire aux mœurs (2).

492. Dans l'application, les difficultés se concentrent sur les conditions qui concernent le mariage. Quelle est, en cette matière, l'autorité de l'ancien droit? quelle est l'autorité des lois portées pendant la révolution? Les auteurs se partagent. Ceux qui sont attachés à la tradition aiment à recourir au droit romain; ce droit est toujours pour eux la raison écrite (3). C'est oublier que les mœurs changent et que le droit n'est que l'expression des mœurs. Nos idées et nos sentiments sur le mariage sont-ils encore les sentiments et les idées des Romains? Il y avait chez eux un concubinage légal; le christianisme a mis fin à cette honteuse institution qui donnait à la prostitution la sanction de loi. La facilité des divorces était telle, qu'un Père de l'Eglise reproche aux Romains de l'empire de changer de femme aussi souvent que de chemise; il y a un abîme entre cette démoralisation légale et la moralité moderne.

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 90, n° 56.
(2) La Haye, 28 février 1816 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 146).
(3) Toullier, Merlin (Toullier, t. III, 1, p. 161, n° 265).

Est-ce à dire qu'il faille s'inspirer de la doctrine chrétienne pour décider quelles conditions sont contraires aux mœurs? Il y a dans le christianisme deux courants qui aboutissent à des conséquences bien différentes : il y a un christianisme traditionnel qui prétend être l'expression de la vérité absolue, immuable : il y a un christianisme progressif qui admet que les sentiments et les croyances vont en se perfectionnant, comme tous les éléments de la nature humaine. C'est le christianisme traditionnel, dans sa forme la plus immuable, qui domine pour le moment en France et en Belgique. Nous ne l'acceptons pas comme autorité en matière de mœurs, pas plus qu'en matière de dogmes. La moralité moderne n'est plus celle des apôtres, elle n'est plus celle des Pères de l'Eglise. Saint Paul voit dans le mariage un remède contre l'impureté, un moindre mal; son idéal c'est la virginité. Faut-il demander si tel est encore l'idéal de la société moderne? Elle se fait une plus haute idée du mariage, et elle voit tous les jours à quoi aboutit la perfection de la virginité. Les Pères de l'Eglise réprouvent et insultent les seconds mariages : est-ce encore la manière de voir des hommes du XIXe siècle? Nous n'insistons pas; chacun trouve dans sa conscience la réponse à nos questions.

Notre réponse est faite. Nous avons transcrit les lois portées pendant la révolution (n° 430); qu'on les considère comme obligatoires ou non, peu importe; elles sont l'expression des idées morales et politiques de 1789, et ces idées sont celles de la société moderne. Donc ce sont les lois révolutionnaires qui doivent servir d'interprétation à l'article 900. Le principe fondamental de ces lois, c'est la liberté de l'individu, liberté absolue en tant qu'elle ne porte pas atteinte à la liberté d'autrui. Ce principe est la base de notre ordre politique, il est inscrit dans nos constitutions; il doit aussi pénétrer dans nos mœurs par le droit. Il faut donc, en cette matière, rejeter résolûment la tradition du passé, la tradition romaine ainsi que la tradition catholique. La doctrine et la jurisprudence s'inspirent malheureusement du passé. Après la funeste révolution de 1848, il s'est fait une réaction contre les prin-

cipes de 1789; on ne voit dans les lois de la révolution que des excès et des abus, au lieu d'y voir l'expression des sentiments nouveaux de l'humanité moderne(1). Les études historiques qui, avec le droit, ont été l'occupation de notre vie entière, nous ont donné d'autres convictions (2); c'est la justification ou du moins l'excuse de la critique que nous ferons des opinions contraires consacrée par les auteurs et enseignée par les tribunaux.

493. Duranton pose un autre principe d'interprétation. En l'absence d'une loi précise, dit-il, il faut surtout s'attacher aux motifs qui ont pu déterminer le donateur ou testateur à imposer la condition; s'il n'en a point eu d'autre que de gêner la liberté civile ou religieuse du donataire, on doit réputer la condition non écrite, parce que les bonnes mœurs sont intéressées à ce que les hommes ne soient pas placés entre leur devoir et des vues de fortune qui n'influent que trop sur leurs déterminations (3). Nous allons voir que la jurisprudence a appliqué ce principe en décidant que la condition n'est pas contraire aux mœurs dès que les intentions du donateur sont louables. Sans doute si l'intention du donateur est immorale, la condition aussi est immorale. Mais la condition peut très-bien être contraire aux mœurs, quelque pures que soient les intentions du disposant. Il suffit que la liberté du donataire soit entravée pour que la condition soit illicite; de sorte qu'il faut réprouver toutes les conditions qui placent le donataire entre son intérêt et son devoir. L'accomplissement du devoir exige une pleine et entière liberté d'agir; gardons-nous de vicier la conscience en lui suggérant des mobiles impurs.

N° 2. DES CONDITIONS CONCERNANT LE MARIAGE.

494. Les lois de la révolution réprouvent toute condition « qui *gênerait la liberté* que le donataire a de se

(1) Dalloz (au mot *Dispositions*, n° 133), Bayle-Mouillard (sur Grenier, t. I, p. 704, note *a*) et Demante (t. IV, p. 35, n° 16 *bis* VI), sont les seuls auteurs qui restent fidèles aux principes de 1789.

(2) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. XIII et XIV (la Révolution).

(3) Duranton, t. VIII, p. 156, n° 139.

marier, même avec une telle personne » (n° 430). C'est le vrai principe, à notre avis. Le mariage doit être l'union des âmes; c'est la sympathie qui doit unir les époux si l'on veut que le mariage réponde à sa destination providentielle. Il n'est pas bon à l'homme d'être seul, dit un des vieux livres que l'humanité révère comme une écriture sacrée : l'homme seul, isolé, est incomplet, il se complète, il devient homme dans toute la plénitude du mot par l'union avec un autre lui-même, les époux ne formant qu'une âme dans deux corps. Ce sont les sympathies naturelles qui inspirent cette affection si vive, qu'elle l'emporte sur toute autre affection. Et qui donne aux époux ces sympathies? On les appelle naturelles, parce qu'elles viennent de Dieu. C'est en ce sens qu'un vieux proverbe dit que les mariages se font au ciel. Ricard dit que le donateur, par ses libéralités, cherche à engager le donataire à contracter un mariage qu'il a intérêt à consentir, et qu'il n'aurait peut-être pas fait si le donateur n'avait gouverné sa volonté avec adresse. « C'est, ajoute Ricard, la façon de laquelle Dieu gouverne nos volontés, s'il est permis de mêler les mystères les plus élevés parmi les matières profanes : il attire notre volonté, par la grâce qu'il y verse, à faire ce à quoi nos mauvaises inclinations résisteraient autrement; et avec un certain charme et une certaine douceur, il fait, sans blesser notre liberté, que nous nous portons de nous-mêmes à embrasser ce qu'il désire de nous (1). » Oui, ce sont là les voies de la Providence, voies merveilleuses que nous révérons sans les comprendre; mais l'homme doit bien se garder de vouloir entreprendre sur les desseins de Dieu. Tout ce qu'il lui est permis de faire, c'est d'éclairer la conscience, sauf à laisser ensuite une entière liberté d'agir. Qu'il se garde surtout d'influer sur la volonté par le grossier appât de l'intérêt : ce serait jouer le rôle du démon, au lieu du rôle de Dieu : ce serait pervertir la conscience, au lieu de la guider.

495. La condition de se marier est approuvée par

(1) Ricard, *Des dispositions conditionnelles* (t. II, p. 148, n° 260).

tout le monde. Furgole est l'organe de l'opinion générale quand il écrit : « Le mariage est une chose sainte, il a été élevé, dans la Loi nouvelle, à la dignité de sacrement; rien n'est plus favorable ni plus utile à la société civile et à la religion, puisqu'il donne des sujets pour le soutien et l'appui des Etats. Voilà pourquoi les conditions qui tendent et qui invitent à prendre le parti du mariage ne doivent pas être rejetées; ainsi on doit accomplir la condition de se marier (1). » Plus le mariage est saint, plus on doit être libre de le contracter ou de ne pas le contracter. Il y a des natures incomplètes qui répugnent au mariage : leur fera-t-on violence? les engagera-t-on, par l'appât de l'argent, à cette abnégation, à ce dévouement, à ces sacrifices de tous les instants, sans lesquels la vie commune devient une torture? Le donateur peut avoir d'excellentes raisons pour solliciter le donataire à abandonner une existence désordonnée pour les liens sacrés du mariage; voilà certes un but moral, mais l'effet peut être très-immoral, si, comme il est à craindre, le donataire souille le mariage par ses débauche. Qu'est-ce que la moralité a à gagner dans une union pareille? La cour de cassation a décidé que la condition de se marier est possible et licite, sans autres motifs (2).

496. Dans cet ordre d'idées, la condition de ne pas se marier doit être réprouvée comme illicite. C'est la doctrine traditionnelle. « Comme il est de l'intérêt public, dit Furgole, que les personnes se marient, afin qu'elles procurent des sujets pour le bien de l'Etat, la condition apposée à une libéralité qui tendrait à défendre le mariage du donataire ou du légataire serait rejetée; la disposition serait considérée comme pure, et elle devrait être exécutée, quoique la personne honorée contrevînt à la condition (3). » Cependant les auteurs ne sont pas unanimes sur cette question, et il y a des arrêts qui ont maintenu la condition de ne pas se marier. On dit qu'il faut abandonner en ce point la doctrine romaine, parce qu'à Rome

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. VII, sect. II, nº 72 (t. II, p. 91).
(2) Rejet, 20 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 149).
(3) Furgole, *Des testaments*, chap. VII, sect. II, nº 54 (t. II, p. 86).

le goût effréné du célibat menaçait de faire périr la société d'inanition; de là les lois qui punissent le célibat et favorisent le mariage à tout prix. Aujourd'hui on se plaint du surcroît de population plutôt que de la dépopulation; et nous ne connaissons plus le mépris systématique du mariage. Comme le code ne s'occupe pas des conditions concernant le mariage, il s'en rapporte par cela même à la conscience du juge. « Toutes les fois que la condition s'explique par un intérêt du légataire et par une prévoyance légitime du testateur, il n'est pas permis de la fouler aux pieds (1). » La jurisprudence est en ce sens.

Un testateur lègue à une fille qu'il avait eue à son service pendant plus de trente ans son château, 10,000 livres de rente viagère, des capitaux et des meubles. Il y met comme condition *sine quâ non* que la légataire ne se marie point, « l'état de mariage ne convenant pas au bonheur de sa vie. » La légataire, parvenue à l'âge de soixante-douze ans, se décida à contracter mariage; elle demanda la nullité de la condition. Sa demande fut repoussée par la cour de Paris. L'arrêt pose en principe que la condition n'est pas nulle en elle-même, parce qu'elle ne contient rien d'essentiellement contraire aux lois et aux bonnes mœurs. C'est décider la question par la question; les jurisconsultes romains la considéraient comme illicite; la loi de 1791 la réprouve, et avec raison, parce qu'elle viole un droit naturel, celui de se marier; non pas que le donataire soit forcé de rester dans le célibat, mais la condition peut l'y engager, elle le place donc entre ses inclinations et son intérêt, ce qui est immoral. La cour de Paris ne condamne la condition de ne pas se marier que lorsqu'elle a été dictée par un calcul mauvais ou par la volonté purement arbitraire du testateur; tandis qu'elle l'approuve quand elle est inspirée par un sentiment honnête. Nous avons d'avance répondu à cette considération; le législateur de 1791 appreciait bien mieux l'intérêt de la moralité, en disposant que toute condition qui gêne la liberté est

(1) Troplong, t. I, p. 98, n° 237. Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 283, n° 240.

contraire aux mœurs. Je puis avoir les meilleures intentions en séquestrant un parent qui abuse de sa liberté, je n'en serai pas moins coupable. Il en est de même si j'entrave la liberté d'un donataire. La cour de Paris invoque l'intérêt de la légataire auquel le testateur a sagement pourvu en la mettant à l'abri de honteuses avidités, en la protegeant contre un mariage disproportionné, comme celui qui se présentait dans la cause, entre un homme de moins de quarante ans et une femme de soixante-treize ans. « Le testateur, dit l'arrêt, loin d'offenser les mœurs, vient au contraire en aide à leur dignité et à l'honnêteté publique (1). » Ne peut-on pas répondre, avec l'organe du ministère public qui prit des conclusions contraires, que c'est au légataire à voir ce qu'il est de son intérêt de faire; que les tribunaux seraient presque toujours très-mauvais juges de ce qui lui convient, parce qu'ils ne se décident que par des considérations générales, et ne peuvent pas même connaître les motifs intimes qui font agir les hommes? Il est bien plus sage de s'en tenir au principe de la loi de 1791 et de réputer illicite ce qui est une gêne pour la liberté.

497. Il y a un cas dans lequel la condition de ne pas se marier est licite, c'est quand elle n'a ni pour but ni pour effet de gêner la liberté du donataire, quand la clause est seulement stipulée dans un intérêt pécuniaire. Telle serait une rente ou une pension léguée à une personne « pour durer autant qu'elle resterait célibataire, » afin de l'aider, « tant qu'elle ne serait pas mariée, » à subvenir à ses besoins. C'est une libéralité à terme, plutôt qu'une libéralité conditionnelle; le disposant ne veut pas entraver la liberté du légataire, il veut pourvoir à sa subsistance; si le légataire trouve des moyens de vivre en contractant mariage, la libéralité cesse, parce qu'elle n'a plus de raison d'être. La distinction est juste, mais l'application est très-délicate, car elle offre un moyen fa-

(1) Paris, 1er avril 1862 (Dalloz, 1862, 2, 77, et la note de l'arrêtiste qui se prononce pour l'opinion contraire). Dans le même sens, La Haye, 28 février 1816 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 146), et un jugement du tribunal de Liége du 27 mars 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 119).

cile d'éluder l'article 900. Il n'y a qu'un moyen de prévenir la violation indirecte de la loi, c'est de s'en tenir plutôt à l'effet de la disposition qu'à l'intention manifestée par le disposant. Le testateur peut vouloir tromper, il faut donc se défier de ses paroles ; la disposition a-t-elle pour effet de gêner la liberté du légataire? Telle est la vraie difficulté que le juge aura à résoudre. Dans notre opinion, il annulera la condition dès que la liberté sera entravée. Nous ne citons pas les arrêts qui ont appliqué le principe, parce que, en cette matière, il ne peut guère y avoir de precedent, tout dependant des circonstances particulières dans lesquelles le légataire se trouve (1).

498. Ricard enseigne que la condition de ne pas se marier avec certaînes personnes seulement est licite. « La raison en est, dit-il, que dans cette espèce la liberté demeure amplement au légataire de contracter mariage, conformément à son inclination ; il n'a pas sujet de se plaindre de ce que sa volonté demeure bornée en un cas auquel elle ne peut pas être contrainte, puisque les limites lui restent si grandes, qu'une action qu'il peut faire avec un nombre infini de personnes, ne lui est interdite qu'à l'égard de quelques particuliers (2). » En théorie, la liberté paraît si grande, qu'on peut à peine la considérer comme limitee. Mais en fait, le cercle se rétrécit singulièrement; et si c'est précisément dans le cercle ainsi restreint que l'on défend au légataire de choisir, que devient la liberté si grande dont parle Ricard? Nous préférons nous en tenir à la loi de 1791 ; il y a entrave à la liberté, donc la condition est contraire aux mœurs et réputée non écrite.

Troplong approuve la condition de ne pas épouser une personne d'un rang inférieur : l'amour de l'egalité, dit-il, est certes une chose louable, mais il n'empêche pas certaines convenances qui résultent de la position sociale, des relations du monde et de l'éducation (3). C'est le lan-

(1) Demolombe. t. XVIII, p. 284, nos 241 et 241 *bis*; Liége, 8 janvier 1806 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 145); Rejet, 6 floréal an XI (*ibid.*, n° 137), Gand, 3 août 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 340); Liége, 9 avril 1873 (*Pasicrisie*, 1873. 2, 174).

(2) Ricard, *Des dispositions conditionnelles* (t. II, p. 147, n° 155).

(3) Troplong, t. I, p. 98, n° 238. Demolombe, t. XVIII, p. 289, n° 246.

gage des préjugés vulgaires, ce n'est pas l'esprit de 1789. Une aveugle reaction a obscurci momentanement les grands principes proclamés par l'assemblée constituante; ils ne restent pas moins vrais d'une verité éternelle, et l'avenir leur appartient.

499. La condition d'épouser telle personne est considérée comme licite. Elle n'est point contraire aux mœurs, dit-on, puisqu'elle excite au mariage par l'appât d'une récompense. D'ailleurs il est bien juste que le donataire ne jouisse de la libéralité qu'en accomplissant la condition, puisqu'elle est faite d'ordinaire dans l'intérêt des deux époux et des enfants qui naîtront de leur union (1). A notre avis, cette condition est une de celles qui sont le plus contraires aux mœurs; elle a pour but et pour effet de contraindre la volonté du donataire, elle est donc contraire à la liberté. La condition place directement le donataire entre son intérêt et ses inclinations; donc elle est immorale, et elle conduira fatalement à l'immoralité si le donataire se laisse tenter par cet appât, et s'il contracte une union qui lui répugne. Vainement dit-on que toutes les dispositions en faveur du mariage gênent le donataire, puisqu'elles sont subordonnées à la condition de la célébration du mariage. La différence est grande entre une libéralité que l'on fait en faveur d'un mariage que l'on suppose libre de la part du futur époux, et une donation que l'on fait pour contraindre sa volonté; autant la première est favorable, autant la seconde est odieuse (2).

Il en serait de même de la condition de se marier avec une personne appartenant à telle classe de la société, ou professant telle religion (3). Les auteurs la considèrent comme licite; nous y voyons un double vice : elle entrave la liberté du mariage, à ce titre elle est contraire aux mœurs : elle donne à la diversité des cultes une influence sur les relations civiles, engendre ou perpétue la

(1) Ricard, *Des dispositions conditionnelles* (t. II, p. 147, nº 257). Demolombe, t. XVIII, p. 285, nº 252.
(2) Corse, 2 juin 1828 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 136).
(3) Rejet, 13 mai 1813 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 141).

funeste séparation que les croyances religieuses établissent entre les hommes; à ce titre, la condition est contraire à l'ordre public, contraire à l'intérêt général, contraire à l'esprit de notre droit public qui met les actes civils à l'abri de toute influence religieuse et de toute influence de caste. Il n'y a pas, à notre avis, de conditions plus profondément illicites.

560. La condition de ne pas se marier sans le consentement d'un tiers a toujours été considérée comme illicite. Il est de l'essence du mariage qu'il soit contracté par la libre volonté des futurs époux; la condition qui fait intervenir un tiers là où Dieu seul doit intervenir, gêne la liberté dans un contrat où elle doit être entière; elle peut empêcher un mariage légitime et conduire par là à l'immoralité (1). Troplong dit que la condition sera valable, en ce sens que le donataire devra prendre le conseil du tiers désigné par le testateur (2). Le consentement stipulé dans la clause est plus qu'un conseil, c'est une condition. S'il ne s'agit que d'un conseil, il ne vaut pas la peine d'agiter la question, ni de citer Mantica, Paul de Castro et autres éminents jurisconsultes.

Faut-il faire exception à ces principes si le tiers dont le consentement est prescrit est un ascendant? Il a été jugé que la condition est valable lorsque la donation est faite par un père et une mère à leur enfant, sous la condition qu'elle sera sans effet si l'un ou l'autre s'oppose à son mariage (3). On serait tenté d'approuver cette décision, tellement le cas est favorable. La condition qui maintient l'enfant dans le respect qu'il doit à ses père et mère, peut-elle être considérée comme contraire aux mœurs ou à l'ordre public? Néanmoins il faut décider, à notre avis, que la condition est illicite par cela seul qu'elle gêne la liberté du donataire; c'est un droit pour lui et un droit d'ordre public que de se marier, à un certain âge, sans le consentement de ses parents; l'obliger à obtenir ce con-

(1) Paris, 7 juin 1849 (Dalloz, 1849, 2, 151).
(2) Troplong, t. II, p. 99, n° 241.
(3) Bordeaux, 15 février 1849 (Dalloz, 1850, 2, 6). Demolombe, t. XVIII, p. 289, n° 246.

sentement, sous peine de perdre la libéralité qui lui est faite, c'est le placer entre son intérêt et l'exercice d'un droit; ce qui est une entrave pour sa liberté tout ensemble et un danger pour ses mœurs.

501. La condition de ne pas se remarier est-elle valable? Les jurisconsultes romains la déclaraient illicite; Justinien décida que la condition de ne pas passer à de secondes noces était licite, et qu'elle emportait la perte du legs pour celui qui y contrevenait. Dans notre ancien droit, c'etait une question très-controversée que de savoir si la Novelle de Justinien devait être suivie. L'affirmative l'emporta. Ricard nous en dit la raison; ce n'est pas uniquement à cause du respect pour les lois romaines, c'est surtout parce que la Novelle était conforme aux sentiments des Pères de l'Eglise qui tous réprouvent les seconds mariages avec une violence singulière, à ce point qu'ils comparent à des porcs ceux qui passent à de troisièmes noces (1). On voit par là quelle est l'influence des idées religieuses sur le droit, et l'on voit encore que les idées religieuses vont elles-mêmes en se modifiant. L'Eglise, malgré la réprobation des saints Pères, a consacré les seconds et subséquents mariages; si nos sentiments y répugnent, nos principes néanmoins les légitiment. Les lois de la révolution les valident expressément, en réputant non écrite la condition de ne pas se remarier (2).

Faut-il suivre les lois de la révolution, ou la Novelle de Justinien? Montesquieu a décidé la question en remarquant que les constitutions des empereurs étaient faites sur les idées de la perfection (3), c'est-à-dire que l'on croyait que la virginité était une des conditions de la perfection évangélique : de là le vœu de chasteté que font les religieux dont l'ambition est de réaliser la perfection chrétienne. On a vu les parfaits à l'œuvre pendant des siècles, et l'on s'est aperçu que la prétendue perfection violait les lois de la nature, et que toute violation de la loi natu-

(1) Ricard, *Des dispositions conditionnelles*, t. II, p. 146, nos 246-252. Voyez mon *Étude sur le christianisme*.
(2) Loi du 5 brumaire an II et loi du 17 nivôse an II, art. 12.
(3) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XXIII, chapitre XXI.

relle conduit à l'immoralité, bien loin d'élever les hommes à une perfection imaginaire. Les lois de la révolution sont donc l'expression de nos mœurs; il faut s'y tenir, et réputer contraire aux bonnes mœurs toute condition qui gêne la liberté de se marier. Le mariage est la vraie base de la moralité; l'entraver, c'est favoriser l'immoralité. Cela est décisif, et cela doit l'emporter sur les répugnances du sentiment. Cette répugnance aussi est dans nos mœurs, et elle explique les hésitations de la jurisprudence et de la doctrine (1).

La question avait été décidée dans le sens de notre opinion par un jugement du tribunal de Périgueux. A tout âge, dit-il, le mariage est un acte de la liberté naturelle, le complément de la destinée humaine et l'exercice d'un droit que chacun doit pouvoir exercer librement. La liberté de contracter un second mariage doit donc être aussi entière que celle de former une première union. Quoi qu'on pense du célibat volontaire, lorsqu'il est imposé contre la volonté, il devient illicite, parce qu'il porte atteinte à la loi naturelle et morale du mariage. Cette décision a été infirmée par la cour de Bordeaux. L'arrêt porte que, les lois de la révolution étant abrogées, on ne peut plus considérer comme illicite la condition de ne pas se remarier. Quant à l'article 900, il laisse aux tribunaux le soin d'apprécier la moralité des conditions qu'il répute non écrites. Cela est certain, mais d'après quel principe le juge se guidera-t-il? Quand c'est un époux qui impose cette condition à un conjoint, dit la cour, les motifs qui l'inspirent sont trop naturels et trop légitimes pour qu'on puisse considérer la condition comme blessant les maximes de la morale. La cour de cassation se place au même point de vue; elle veut que l'on scrute les sentiments du donateur; si la condition est dictée par l'affection du donateur pour sa famille, si elle est conforme à l'intérêt du légataire, si le disposant n'a aucun motif répréhensible de sti-

(1) Grenier, t. I, p. 705 et suiv.; Merlin, *Répertoire*, au mot *Condition*, sect. II, § V, nº 4; Troplong, t. I, p. 101, nº 248; Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 156; Demolombe, t. XVIII, p. 292, nº 250.

puler la clause de viduité, on doit la valider (1). On voit que le point de départ du tribunal qui réprouve la condition et des cours qui la valident est tout différent; le tribunal se préoccupe de l'influence que la condition aura sur la liberté, sur les droits, sur les mœurs du donataire à qui elle est imposée; tandis que les cours scrutent les sentiments qui inspirent le donateur. Qui est dans le vrai? A notre avis, la réponse n'est pas douteuse. Qu'importe ce que pense le disposant? Il s'agit de savoir si la condition influera en bien ou en mal sur celui qui la remplira.

Ainsi considérée, la condition sera toujours contraire aux mœurs, quelle que soit la pureté des intentions du disposant. Quand on lit les décisions judiciaires, on s'aperçoit facilement que les magistrats sont influencés par les circonstances de la cause; elles plaident presque toujours en faveur du conjoint qui impose la condition. Une épouse délaissée, trahie, pardonne à son mari en mourant; elle teste au profit de l'époux adultère, mais elle veut qu'il reste veuf; n'y aurait il pas quelque chose de révoltant à ce que la complice du crime profitât des libéralités faites au coupable? La cour déclara le légataire déchu de son legs, bien qu'il eût déclaré qu'il était tenu à une réparation d'honneur à l'égard de la femme qu'il épousa en secondes noces (2).

512. Ceci nous conduit à une réserve que nous devons ajouter à notre doctrine. Oui, le sentiment, aussi bien que la justice se révoltent contre l'application de l'article 900, en ce sens que la volonté évidente du donateur est méconnue si, comme le veut la loi, on efface la condition et si l'on maintient la libéralité : faut-il demander si la femme trompée qui fait une libéralité à son mari coupable veut qu'il profite de sa libéralité, tout en manquant à la condition, et qu'il en fasse profiter sa complice? La fiction sur laquelle repose l'article 900 est, dans ce cas, en opposition flagrante avec la réalité des choses. Voilà pourquoi nous avons combattu le principe de l'arti-

(1) Rejet du 18 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 332). Comparez Rejet, 8 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 1, 16).

(2) Poitiers, 14 juin 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 158, 2°).

cle 900, en tant qu'il s'applique à des dispositions d'intérêt privé. Le mariage est sans doute d'ordre public, et il doit être libre. Il y a donc ici un intérêt général en cause; mais au moins la loi devrait-elle laisser aux tribunaux le droit de maintenir la condition quand la volonté certaine du donateur est d'y subordonner sa libéralité. On voit qu'en théorie nous abondons dans l'ordre d'idées qui a déterminé la jurisprudence (1); elle a corrigé les défauts de la loi, ce qui veut dire qu'elle l'a modifiée sous l'empire irrésistible des circonstances. La doctrine ne peut pas prêter la main à ces transactions avec les principes, sinon il n'y a plus de principes.

N° 3. DE LA CONDITION DE SE FAIRE OU DE NE PAS SE FAIRE PRÊTRE.

503. La condition de se faire prêtre est-elle licite? Cette question a donné lieu, dans l'ancien droit, à un débat intéressant entre Ricard et Furgole. Ricard, imbu des idées chrétiennes qui dominaient au XVIIe siècle, place très-haut la prêtrise : c'est, dit-il, une chose toute sainte et sacrée; ceux qui s'y engagent deviennent quelque chose au-dessus des hommes, par la participation à un mystère si relevé. La condition qui y appelle un légataire semble donc non-seulement licite, mais aussi louable. Toutefois c'est précisément à raison des considérations qui élèvent si haut le caractère du sacerdoce, que Ricard se prononce contre la validité de la donation. Il faut que ceux qui se vouent à la prêtrise y soient appelés par les inspirations de la grâce; et c'est l'occasion d'y entrer par un crime, la voie sacrilége de la simonie, que de leur proposer, pour récompense d'une action toute spirituelle, un intérêt profane : ce qui fait que de semblables conditions doivent être rejetées comme contraires aux bonnes mœurs. Vainement invoque-t-on l'intérêt de l'Eglise. Ricard répond que l'Eglise a intérêt à ce que ses troupes ne soient pas remplies d'une milice mercenaire, et que l'on

(1) Comparez Limoges, 31 juillet 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 158, 3°).

ne puisse pas reprocher à ceux qui se présentent pour être les distributeurs de ses mystères, qu'ils n'y sont appelés que par l'espérance d'un gain sordide. Ricard combat ensuite les docteurs ultramontains qui se prononçaient pour la validité de la condition. Il est inutile d'entrer dans cette controverse; ce que Ricard vient de dire suffit pour décider la difficulté (1).

Furgole trouve que ces raisons sont frivoles et portent à faux. La condition de se faire prêtre n'est pas illicite, dit-il, parce qu'aucune loi ne la prohibe (2). Est-elle contraire aux mœurs? Il faut envisager son objet et sa fin. Si la fin est mauvaise, il faut sans doute rejeter la condition; mais il en doit être autrement si la chose est bonne en elle-même. Or, ne serait-ce pas une impiété et un blasphème de dire que la prêtrise est une chose mauvaise? Ricard ne dit pas cela, il dit que la prêtrise devient une mauvaise chose quand on l'embrasse par un calcul sordide. Que répond Furgole? Qu'il n'est point défendu de promouvoir à une bonne œuvre en y attachant une récompense temporelle. Cette réponse n'est pas de notre goût, elle sent la casuistique. Sans doute, on peut exciter à une bonne œuvre par une récompense, mais pourvu que l'œuvre ne cesse point d'être bonne, à raison de la récompense qui y porte le donataire. C'est précisément parce que la prêtrise est un état de perfection, dans les idées chrétiennes, qu'il en faut écarter tout mobile intéressé. Furgole et les auteurs modernes qui suivent son opinion ne comprennent pas ce qu'il y a de profondément chrétien dans la doctrine de Ricard, et c'est bien au point de vue du christianisme et de ses idées de perfection qu'il faut se placer pour décider la question.

Troplong, qui aime à critiquer Ricard, auquel il est bien inférieur, le trouve aussi en défaut sur la question que nous débattons. Il est permis, dit-il, de *développer* ou de *raffermir* la vocation à la prêtrise par des récompenses temporelles. Ainsi on *développe* la vocation à un

(1) Ricard, *Des dispositions conditionnelles*, t. II, p. 150, nos 264-269.
(2) Furgole, *Des testaments*, chap. VII, sect. II, nos 89-93 (t. II, p. 100-103).

état de perfection par des libéralités! La vocation chancelle; le futur ministre de Dieu préfère de devenir avocat ou médecin; mettons une rente dans la balance, et le voilà décidé à devenir parfait! Quelle dérision des choses saintes! Troplong insiste : il s'agit de faire un sort à celui qui se destine à la prêtrise, de lui donner les moyens de soutenir cet état qui exige la libéralité envers les pauvres, l'instruction envers les fidèles, l'indépendance envers les hommes (1). Non, il ne s'agit point de cela; le testateur veut engager par ses libéralités le légataire à embrasser un état qui d'ordinaire est celui du disposant, mais qui convient si peu aux donataires qu'on les voit d'habitude jeter le froc aux orties, et réclamer néanmoins le bénéfice de la libéralité : ce qui ne dénote guère des goûts de perfection spirituelle. Consultons la jurisprudence.

Un oncle fait à son neveu un legs pour l'aider dans sa vocation religieuse, et non pour autre cause, sous peine de nullité. A peine le testateur est-il mort que le légataire abandonne les études ecclésiastiques; il demande la délivrance du legs avec dispense de la condition. La cour accueillit sa demande, par la raison que la condition d'embrasser l'état de prêtre gêne la liberté de conscience, et qu'elle est contraire à la sainteté de la religion et du ministère sacré (2). La même cour avait, par un arrêt antérieur, déclaré la condition valable. Dans l'espèce, le testateur disait qu'il léguait un domaine qui devait servir de titre clérical au légataire dans le cas où il persisterait à se destiner à l'état ecclésiastique. Au lieu de devenir prêtre, il se fit instituteur et se maria. Les héritiers demandèrent et obtinrent la révocation du legs. Ici il y a un motif de douter; le testateur voulait-il par sa libéralité raffermir la vocation du légataire, comme dit Troplong? Dans ce cas, il fallait déclarer la condition illicite. La cour pensa que le testateur n'avait pas eu l'intention de gêner le légataire dans sa liberté, ni de le détourner d'une autre

(1) Troplong, t. I, p. 100, n° 242. Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 301, n° 259.
(2) Grenoble, 11 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 113).

voie. Toutefois elle ajoute, ce qui fait renaître nos scrupules, que le testateur voulait l'engager à persister dans la carrière qu'il avait déjà embrassée (1) : cela signifie bien qu'il entendait le raffermir dans sa vocation, et par conséquent peser sur sa résolution. Les motifs sont contradictoires.

Cela prouve combien la distinction est délicate. Elle est juridique ; nous l'avons admise pour le mariage (n° 497), il faut l'admettre aussi pour la prêtrise. Mais l'application est d'une grande difficulté. Un curé fait à son neveu un legs dans les termes suivants : « Je veux qu'une somme de 400 francs soit payée annuellement à mon neveu pour continuer ses études en théologie. » La cour de Liége a validé la condition et privé en conséquence le légataire du bénéfice de son legs pour ne l'avoir pas remplie. Il est dit dans l'arrêt que la condition n'a pas été imposée dans la vue de gêner la liberté religieuse ou civile du légataire, que le testateur a été mû par l'idée que le légataire se destinait réellement à l'état ecclésiastique (2). C'est toujours le faux point de vue de la jurisprudence qui scrute les intentions du testateur, alors qu'il faudrait examiner quelle influence le legs exercera sur le légataire. Le plus sûr, à notre avis, est de repousser toute condition dont l'effet peut être d'engager le légataire à embrasser un état qui ne répond pas à sa vocation. Ce qui nous paraît décisif, c'est que la prêtrise implique le vœu du célibat ; dans nos idées modernes, le célibat, loin d'être un état de perfection, conduit presque fatalement à l'immoralité. Cela suffit pour déclarer immorale la condition de se faire prêtre.

504. La condition de ne pas se faire prêtre est-elle licite ? Dans l'ancien droit, on décidait qu'elle était valable. Ricard en donne d'excellentes raisons. A quoi tend la condition ? A ce que le légataire reste dans le siècle, y remplisse les devoirs que la vie civile et la constitution politique imposent ; or, la vie laïque n'est certes pas contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public. Ce motif

(1) Grenoble, 22 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1[illegible]).
(2) Liége, 3 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 99).

n'est pas concluant. Il faut voir si la condition n'entravera point la liberté du donataire, si elle ne le détournera pas d'une carrière à laquelle sa vocation l'appelait. Ricard répond, et sa réponse nous paraît péremptoire au point de vue des idées chrétiennes, or c'est bien à ce point de vue qu'il faut se placer quand il s'agit de prêtrise : Si réellement le donataire a une vocation que la grâce divine lui a inspirée, il ne se laissera pas détourner par un avantage temporel, puisque le premier effet de la vocation véritable c'est de renoncer à l'affection des choses du monde. Que si la donation le détourne de son dessein, c'est qu'il n'avait pas de vocation, et dans ce cas il faut dire que la condition produit un excellent effet, puisqu'elle empêche le donataire de parvenir à ce dont il était incapable et dont il était déjà exclu par son indignité (1).

505. Par la même raison, la condition de ne pas se faire religieux doit être considérée comme licite. Mais que faut-il dire de la condition de se faire religieux ? La condition est si étrangère à nos mœurs, que c'est presque une dérision de la poser. Nous ne la posons que pour donner la réponse de Ricard ; il la déclare licite. Au premier abord, on est tenté de croire que l'auteur est en contradiction avec lui-même ; réprouvant la condition de se faire prêtre, comment peut-il justifier celle de se faire moine ? La décision est une conséquence juridique d'une règle de l'ancien droit : le moine mourait au monde, sa succession s'ouvrait ; il ne lui restait donc aucun intérêt temporel. Par suite, la libéralité ne pouvait l'engager à embrasser l'état monastique ; car au moment même où il prononçait ses vœux, il perdait le bénéfice de la libéralité, qui passait à ses héritiers avec le reste de son patrimoine (2). Dans notre législation moderne, le moine ne meurt plus au monde, puisque, aux yeux de la loi, il n'y a plus de moines. Il faut donc dire que la condition de se faire moine est illicite par les mêmes raisons qui rendent illicite la condition de se faire prêtre ; il y a une raison

(1) Ricard, *Des dispositions conditionnelles*, t. II, p. 151, n° 270. Furgole, *Des testaments*, chap. VII, sect. II, n°s 94 et 95 (t. II, p. 103).
(2) Ricard, *Des dispositions conditionnelles*, t. II, p. 151, n° 271.

de plus, car les moines ont la prétention d'être plus parfaits que les clercs séculiers; ils doivent donc plus qu'eux être dégagés de tout intérêt temporel.

§ V. *De la cause en matière de donations et de testaments.*

506. Aux termes de l'article 1108, la cause est une des quatre conditions essentielles requises pour la validité d'une convention. L'article 1131 en conclut que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet; et l'article 1133 explique que la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Cette théorie de la cause est très-vague et très-obscure; nous l'exposerons au titre des *Obligations.* Il nous suffit ici de dire que l'on entend par cause le motif juridique qui engage les parties à contracter; on conçoit que sans motif juridique il ne puisse y avoir de contrat, et il est évident aussi que ce motif doit être licite, car un motif illicite n'est pas juridique.

On demande si ces principes s'appliquent aux donations et aux testaments. Il règne une grande incertitude sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence. Pour faciliter la réponse à notre question, il faut d'abord distinguer entre les donations et les testaments. Quant aux donations, on doit poser en principe que les règles qui régissent les contrats en général leur sont applicables. En effet, la donation est un contrat, qui ne diffère des contrats à titre onéreux que sous le rapport de la forme, en ce qui concerne les conditions prescrites pour la validité des conventions, et c'est là le seul point que nous ayons à examiner : la donation est une convention solennelle, tandis que les contrats onéreux sont des conventions non solennelles. Du reste, on applique à la donation ce que l'article 1108 dit de toutes les obligations conventionnelles. Il faut certes le consentement des parties contractantes pour qu'il y ait donation. Il faut aussi la capacité de contracter; seulement, en matière de dona-

tions, le code établit des incapacités spéciales de donner et de recevoir. Il faut encore un objet certain qui forme la matière de la libéralité. Vient la quatrième condition : une cause licite. Puisque les trois premières conditions sont communes à tous les contrats, gratuits et onéreux, pourquoi la quatrième ne serait-elle applicable qu'aux contrats onéreux? Il est certain que l'article 1108 s'applique aux donations, on ne saurait le nier; tous les auteurs l'enseignent en ce qui concerne la captation et la suggestion (n° 127). Dès lors il faudrait un texte qui dérogeât à l'article 1108, pour qu'il ne fût pas applicable à la cause; or, aucune loi n'y fait exception pour les donations, elles restent donc sous l'empire du droit commun (1). A moins qu'il ne résulte de la nature même de cette quatrième condition qu'elle est étrangère aux contrats gratuits. Il y en a qui le disent.

Il est *évident*, dit-on, que les articles 1131 et 1133 sont inapplicables, non-seulement aux dispositions testamentaires, mais même aux donations entre-vifs, puisque la cause, dans ces actes, consiste dans la libre détermination du disposant d'exercer en faveur de l'autre partie une libéralité (2). Nous n'osons pas parler d'*évidence* dans une matière aussi obscure. Admettons que la cause, dans les libéralités, ne soit autre chose que la volonté de donner. Qu'est-ce que cette volonté? C'est la volonté de conférer un bienfait, par conséquent un sentiment de bienfaisance, d'affection ou de gratitude. Le fait seul de consentir ne suffit donc pas, il faut que le consentement ait un motif juridique; ce motif juridique est la cause de la libéralité, la loi se contente du sentiment qui nous porte à faire le bien, parce que c'est un bon sentiment; elle approuve la donation qui est dictée par ce sentiment : voilà la cause. Si ce sentiment n'existe pas chez le donateur, il n'y aura pas de cause, et par suite pas de donation, le législateur n'ayant plus aucune raison de sanctionner un acte qui n'est pas inspiré par la volonté de

(1) Amiens, 9 août 1865 (Dalloz, 1866, 1, 378).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 433, note 10 du § 649; Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 33 et note 6, et les autorités qui y sont citees.

faire le bien. Par la même raison, il peut y avoir fausse cause dans une donation, car la fausse cause, d'après la doctrine généralement reçue, n'est autre chose que l'erreur sur la cause. En matière de donation, il y aurait encore fausse cause si le donateur indiquait, comme motif juridique de sa libéralité, la charité, l'affection, la reconnaissance, et que ces motifs fussent faux, le véritable motif étant la rémunération d'un service, le payement d'un salaire. Resterait alors à voir quel est ce service; s'il consistait en un fait immoral, il y aurait certainement cause illicite, et par suite la donation serait viciée dans son essence. Le législateur peut-il donner sa sanction à ce qu'il prohibe? Notre conclusion est que la théorie de la cause reçoit son application aux donations.

507. Il y a plus de difficulté pour les testaments. Ici les textes nous font défaut. On ne peut plus invoquer les articles 1108, 1131 et 1133, puisque ces articles ne parlent que des obligations conventionnelles. Mais cela ne tranche pas la difficulté. Nous venons de dire en quel sens les donations doivent avoir une cause licite; ce principe est indépendant de tout texte; il découle de la nature de toute libéralité, il s'applique donc au testament aussi bien qu'à la donation. Ne faut-il pas chez le testateur, comme chez le donateur, volonté de donner? Cette volonté ne doit-elle pas être inspirée par le désir de faire le bien? Le législateur peut il sanctionner un legs qui n'aurait aucune cause, ou qui aurait une cause illicite? Il y a, en matière de testaments, une raison de plus pour exiger que le testateur soit animé de sentiments louables, c'est que tout legs est une dérogation à l'ordre des successions que la loi a établi; cet ordre est fondé sur les considérations les plus graves; nos coutumes disaient que c'est Dieu qui fait les héritiers, et Domat rapporte à la volonté divine le droit en vertu duquel l'héritier est appelé à recueillir les biens dans la famille où Dieu le fait naître. Certes ce n'est que pour les motifs les plus graves que le législateur peut permettre à un homme de déroger à un ordre de successions qui se confond avec le gouvernement providentiel. Il faut donc aussi un motif juridique

qui légitime la volonté de donner par testament; si ce motif est illicite, le législateur ne peut donner sa sanction à un acte que réprouve la loi ou la morale. Vainement dirait-on, en invoquant l'article 900, que la volonté de donner justifie le legs, et que si le motif qui a dicté la libéralité est illicite, on doit effacer le motif; nous allons prouver que l'article 900 ne peut pas recevoir d'application à la théorie de la cause. C'est encore en vain que l'on se prévaudrait de la différence qui existe entre le testament et les conventions, pour écarter le principe de la cause dans les actes de dernière volonté; il est très-vrai que le légataire n'intervient pas au moment où le testament est dressé, mais le concours de sa volonté n'est pas moins nécessaire pour que le legs produise son effet, puisqu'il faut son acceptation, le legs devenant caduc par la répudiation du légataire. Si donc la cause était illicite, le légataire s'approprierait le vice en acceptant le legs; en ce sens, il n'y a point de différence entre la position du légataire et celle du donataire.

508. Peut-on appliquer l'article 900 à la cause? C'est-à-dire doit-on effacer la cause que le donateur ou le testateur a exprimée si elle est contraire aux lois et aux mœurs? La négative est certaine. Autre chose est la cause, autre chose est la condition. La cause n'est pas seulement exigée pour la validité des conventions, comme le dit l'article 1108, elle est prescrite pour leur existence, l'article 1131 le dit en termes énergiques. « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite *ne peut avoir aucun effet;* » elle n'existe pas aux yeux de la loi, c'est le néant. Il ne peut donc pas s'agir d'effacer la cause illicite, car en effaçant la cause, on anéantirait l'obligation. Tandis que la condition n'est qu'une modalité, elle suppose la validité de l'obligation qu'elle est destinée à modifier; on peut effacer le mode, il reste toujours une obligation principale que nous supposons valable. La condition illicite vicie les contrats onereux, elle les rend nuls (art. 1172), mais elle ne les rend pas non existants; il en naît une action en nullité qui doit être intentée dans les dix ans; le contrat subsiste s'il n'est

pas annulé; dans les donations et testaments, on efface les conditions contraires à la loi ou aux mœurs, et l'acte reste pleinement valable. Il en est tout autrement de la cause; si elle est illicite, c'est plus qu'un vice; c'est un élément essentiel de la convention qui fait défaut, et sans lequel elle ne peut exister. On voit maintenant l'intérêt qu'il y a à distinguer la cause de la condition dans les libéralités entre-vifs ou testamentaires. Le fait illicite est-il une condition : on applique l'article 900; la condition est réputée non écrite, la donation et le testament subsistent. Le fait illicite constitue-t-il la cause de la donation et du testament : il n'y aura pas de libéralité, l'acte n'aura qu'une existence apparente, il ne produira aucun effet, d'après l'expression de l'article 1131.

Dans cette opinion, l'article 900 n'empêche pas l'application de l'article 1131. Cela est certain si l'on admet les principes que nous venons d'exposer, car les cas prévus par les deux articles sont tout à fait différents. On peut donc décider qu'une donation est inexistante pour défaut de cause, ou pour cause illicite, sans contrevenir à l'article 900 qui efface les conditions contraires à la loi ou aux mœurs. Cependant cette distinction n'est pas nettement établie par les auteurs. La plupart rejettent l'application de l'article 1131 aux libéralités entre-vifs et testamentaires (n° 506). Ceux qui l'admettent semblent l'entendre en ce sens que le fait illicite constitue la cause de la libéralité, de sorte qu'il y a un acte à titre onéreux, et par suite on ne peut plus appliquer l'article 900 (1). C'est, nous semble-t-il, une confusion complète des principes les plus différents. Si la prétendue donation est un contrat onéreux, il est certain qu'il n'y a plus lieu à l'application de l'article 900; il faut voir alors si le fait illicite est une condition ou si c'est la cause de la convention; dans le premier cas, on applique l'article 1172 et, dans le second, l'article 1131. Cela est sans difficulté, et il n'y a aucun doute. Mais l'acte peut être une libéralité, et néanmoins

(1) Duranton, t. VIII, p. 114, nos 107-110. Poujol, article 900, n° 4 (t. I, p. 109). Comparez Vazeille, art. 900, n° 1 (t. II, p. 72).

avoir pour cause un fait illicite; alors naît une question de fait très-difficile, celle de savoir comment on distinguera la condition de la cause. En théorie, la distinction est incontestable, puisqu'elle est écrite dans les textes; mais dans l'application il peut être très-difficile de distinguer s'il y a une simple condition attachée à une libéralité valable en elle-même, ou s'il y a une cause illicite qui rend la libéralité non existante. Consultons la jurisprudence.

509. La cour de cassation a consacré, en termes formels, la doctrine que nous venons d'exposer. On lit dans un de ses arrêts : « En droit, les dispositions à titre gratuit sont nulles tout aussi bien que les dispositions à titre onéreux, lorsqu'elles reposent sur une cause illicite (1). » On voit que la cour ne motive pas même sa décision, elle l'énonce comme un principe certain, incontestable; en effet, il est écrit dans le texte des articles 1108, 1131 et 1133; si nous avons cru devoir le motiver, c'est que la doctrine n'est pas d'accord avec la jurisprudence. La jurisprudence est constante (2), et on ne concevrait pas qu'elle variât, puisqu'elle se borne à citer des textes.

On cite cependant des arrêts qui semblent poser un principe tout contraire. Un arrêt récent dit, dans un considérant, « que l'article 1131 est sans application aux libéralités testamentaires, lesquelles n'ont pas d'autre cause que le désir de gratifier ceux qui en sont l'objet (3). » Nous croyons que les termes absolus de cette formule dépassent la pensée de la cour de cassation. Dans l'espèce, il s'agissait d'une demande en nullité d'un testament fondée sur la captation; la cour d'appel avait constaté qu'aucun des faits ne présentait les caractères du dol et de la fraude que la jurisprudence exige pour qu'il y ait captation. Quand même il y aurait eu dol, les manœuvres frauduleuses n'auraient pas constitué une cause illicite; car le dol n'est jamais qu'un vice de consentement, vice qui donne lieu à une action en nullité, ce qui exclut les prin-

(1) Rejet, 31 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1, 458).
(2) Rejet, 22 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 5).
(3) Rejet, 21 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 1, 40).

cipes qui régissent la cause. Mais le demandeur ayant invoqué l'article 1131, la cour l'écarta en disant que cet article n'était pas applicable aux dispositions gratuites; elle aurait dû se borner à dire qu'il ne reçoit pas d'application au dol. Donner une autre interprétation à l'arrêt, c'est faire dire un non-sens à la cour de cassation.

On cite encore un arrêt de la cour de Lyon qui a refusé d'appliquer l'article 1131 à une demande en nullité fondée sur une condition illicite, la défense d'aliéner. La cour a raison de dire que, dans l'espèce, il s'agissait d'une condition, et non de la cause; car il est évident que la cause de la libéralité n'était point la condition d'inaliénabilité, la libéralité était faite au bureau de bienfaisance, ce qui exprimait suffisamment la cause de la libéralité, et certes cette cause est licite. Mais la condition était illicite; donc on était dans l'hypothèse prévue par l'article 900, et non dans le cas de l'article 1131. L'arrêt de la cour de Lyon consacre donc formellement la distinction que nous venons d'établir (1).

510. Reste la difficulté de distinguer la condition de la cause. C'est une question de fait, car il s'agit de décider si le fait illicite a été la cause déterminante de la libéralité, le motif juridique qui a engagé le disposant à faire la donation ou le legs, ou si le fait n'est qu'une modalité de la libéralité. La distinction est juridique, mais très-délicate. La cour de cassation a jugé, et cela est évident, qu'il appartient au juge du fait de décider s'il y a condition illicite réputée non écrite, ou cause illicite rendant la libéralité radicalement nulle (2).

Dans les procès où la cour de cassation a été appelée à se prononcer sur ces difficiles questions, il s'agissait de libéralités faites à un enfant adultérin ou à une concubine. Peut-on considérer l'adultérinité du donataire ou du légataire comme une cause illicite? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative; elle juge constamment que la libéralité est nulle comme reposant sur une cause

(1) Lyon, 22 mars 1866 (Dalloz, 1866, 2, 84).
(2) Rejet, 7 juillet 1868 (Dalloz, 1868, 1, 446). Comparez Rejet, 3 juin 1863 (Dalloz, 1863, 1, 429).

illicite, lorsqu'elle est faite au profit de ceux que le disposant croit être ses enfants adultérins, si d'ailleurs il est prouvé que la libéralité n'a eu pour cause et pour mobile que l'opinion qu'il avait de sa paternité. Nous avons examiné cette jurisprudence ailleurs; à notre avis, elle n'est pas conforme aux principes qui régissent la cause (1).

Quant aux libéralités faites à une concubine, il est certain qu'elles ne sont plus nulles comme telles (n° 136). Est-ce à dire que l'article 1131 ne soit jamais applicable? Il y a des arrêts qui écartent cet article, mais uniquement en ce sens que l'on n'en peut induire l'incapacite des concubins, ce qui n'est point douteux (2). Mais s'il était constant que la libéralité n'a d'autre cause que le salaire des honteuses complaisances de la donataire, il y aurait certes cause illicite; il n'y aurait plus cet esprit louable de bienfaisance que le législateur sanctionne, parce qu'il a pour objet le bien des individus ou de la société; donc la donation serait sans cause; le fait illicite qui lui sert de fondement la transformerait en contrat onéreux; il n'y aurait donc aucun doute quant à l'application de l'article 1131. La cour de cassation a jugé que si une convention n'avait pour cause reconnue que le concubinage, elle devrait être annulée comme contraire aux bonnes mœurs, conformément aux dispositions de l'article 1131 (3). Un jeune homme séduit, corrompu, promet une rente viagère à sa concubine pour mettre fin à des liaisons funestes. Il a été jugé que la rente, ayant été consentie à titre gratuit sans remise d'un capital, était frappée de nullité, parce que la libéralité n'avait d'autre objet que de salarier des complaisances immorales, ou d'acheter le silence pour éviter le scandale; qu'à ce titre elle était fondée sur une cause illicite et ne pouvait avoir aucun effet (4). Il en serait de même de billets souscrits au profit de la concu-

(1) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 230, nos 159 et 160.
(2) Pau, 20 mars 1822 et Rouen, 8 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nos 270, 1° et 26.)).
(3) Rejet, 26 mars 1860 (Dalloz, 1860, 1, 255).
(4) Grenoble, 30 avril 1858 (Dalloz, 1858, 2, 164) et 17 janvier 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 129)

bine, ou d'un tiers, personne interposée, puisque ces billets seraient en réalité une libéralité déguisée (1).

511. Le défaut de cause et la fausse cause donnent lieu à de nouvelles difficultés. Peut-on dire qu'il n'y a pas de cause, alors qu'il y a volonté de donner? Il a été jugé qu'une donation n'est pas sans cause, alors qu'elle est faite au profit d'un proche parent pour maintenir l'égalité et l'harmonie entre des frères (2). La décision est très-juridique. Les liens de la parenté sont la source première de nos affections; et on ne peut pas dire qu'une libéralité faite par amour fraternel soit sans cause. Là où il n'y aurait réellement aucun motif de bienfaisance, il n'y aurait pas de cause, et par suite la donation serait nulle comme telle, sauf à voir quel a été le mobile du donateur et si ce mobile est un motif juridique qui légitime la convention.

L'erreur sur le motif de fait ne vicie point les conventions onéreuses. En est-il de même dans les libéralités? On enseigne d'ordinaire que l'indication, dans les legs, d'un motif qui n'est pas véritable ne vicie point le legs, parce qu'on suppose que le testateur a néanmoins voulu gratifier le légataire. Cela est trop absolu, il faut y ajouter la restriction que fait Pothier : s'il paraît par les circonstances que la volonté du testateur a été de faire dépendre le legs de la vérité des faits qu'il allègue, le legs sera nul quand les faits ne sont pas vrais (3). Il y a donc un motif de fait qui est essentiel dans les libéralités, parce qu'il se confond avec la volonté de donner, c'est-à-dire avec la cause. Si le disposant n'a eu d'autre motif de donner que celui qu'il mentionne, ce motif deviendra la cause de la libéralité; s'il y a erreur sur le motif, il y aura fausse cause, ce qui revient à dire qu'il n'y a point de cause, et partant il n'y aura pas de libéralité. Ici reparaît la difficulté de distinguer le simple motif de fait qui n'est qu'un élément accessoire de la libéralité et le motif dé-

(1) Besançon, 25 mars 1808 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 274, 1°).

(2) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 19 novembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 1, 390).

(3) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 82. Comparez Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 51, note 3.

terminant qui constitue la cause, difficulté qui est nécessairement abandonnée à l'appréciation du juge.

Le testateur dit que « n'ayant point d'héritiers et ne devant rien à personne, il lègue aux pauvres les actions industrielles qu'il possède. » Des parents se présentent, inconnus du défunt, quoique assez proches, cousins issus de germain ; la cour de Paris a jugé que le motif que le défunt était sans parents avait été la cause déterminante du legs fait aux pauvres, que ce motif étant erroné, le legs était nul comme fondé sur une fausse cause (1).

La cour de Bruxelles a jugé en sens contraire, elle invoque la maxime trop absolue que le motif n'est pas inhérent au legs ; mais les considérants prouvent que la cour aurait annulé les legs si les demandeurs avaient prouvé que les motifs donnés par le testateur avaient déterminé sa volonté, en sorte qu'il n'eût point donné, s'il avait su qu'ils fussent inexacts (2). Cette preuve, le juge peut la puiser dans les circonstances de la cause, comme l'a fait la cour de Paris dans l'arrêt que nous venons de citer.

(1) Paris, 9 février 1867 (Dalloz, 1867, 2, 195).
(2) Bruxelles, 9 janvier 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 328). Comparez Liége, 5 mars 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 65).

FIN DU TOME ONZIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE II. — Des successions (suite).

CHAPITRE X. — Droits et obligations des héritiers entre eux (suite).

Section II. — *Du rapport.*

§ IX. *Comment se fait le rapport?*

N° 1. Notions générales.

N° 2. Rapport des donations mobilières.

N° 3. Rapport des immeubles.

I. *Principe et conséquences.*

IV. *Du rapport en cas d'expropriation du donataire.*

N° 5. Dispositions générales.

§ X. *Du rapport dans les successions irrégulières.*

N° 1. L'enfant naturel peut-il demander le rapport?

N° 2. Obligations de l'enfant naturel.

Section III. — *De la division des créances et des dettes.*

§ Ier. *Division des créances.*

N° 1. Principe et conséquences.

N° 2. L'article 883 et l'article 1220.

CHAPITRE II. — DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT.

SECTION I. — *Des personnes incapables de disposer.*

§ Ier. — *De ceux qui ne sont pas sains d'esprit.*

N° 1. Des interdits.

N° 2. Des personnes placées sous conseil.

N° 3. Des aliénés non interdits.

N° 4. Des personnes assimilées aux aliénés.

N° 5. De ceux qui sont incapables de manifester leur volonté.

N° 6. Des causes qui vicient la manifestation de volonté.

N° 7. De l'action en nullité.

§ II. *Des mineurs.*

IV. *Les donations frauduleuses.*

V. *Les legs frauduleux.*

VI. *Droits des héritiers.*

N° 3. Des personnes dites *civiles.*

I. *Principe.*

II. *Quelles sont les personnes civiles capables de recevoir?*

3. *Des communes.*

C) Des libéralités faites pour le culte.

1. DES FABRIQUES.

a) *Leur destination*

b) *Leur capacité de recevoir.*

I. Libéralités faites pour le culte.

II. Libéralités faites pour les ministres du culte.

III. Libéralités faites pour l'enseignement.

De l'enseignement religieux

De l'enseignement laïque.

IV. Des aumônes que les fabriques peuvent recevoir.

V. Incapacité des fabriques pour toute autre libéralité.

2. DES COMMUNES.

III. *Droits des fondateurs.*

IV. *Des conditions réputées non écrites.*

1. Principe.

2. Application.

a) *Conditions réputées non écrites en matière d'instruction.*

b) *Conditions réputées non écrites en matière de bienfaisance*

c) *Conditions réputées non écrites dans les dons faits aux hospices.*

d) *Conditions non écrites dans les dons faits aux fabriques.*

V. *De l'autorisation.*

1. Qui doit la demander.

2. Conditions et règles concernant l'autorisation.

3. Qui doit autoriser.

4. Effets de l'autorisation.

5. Des dons manuels.

N° 4. Des personnes incertaines.

I. *Le principe.*

II. *Application du principe.*

§ II. *Des libéralités faites sous le nom de personnes interposées.*

N° 1. Des personnes présumées interposées.

I. *Des père et mère.*

II. *Des enfants et descendants.*

III. *Du conjoint.*

IV. *Effet de la présomption.*

V. *Quand la présomption cesse.*

N° 2. De l'interposition de fait.

§ III. *Des conditions contraires aux lois.*

N° 1. Quelles sont ces lois.

N° 2. La liberté individuelle.

N° 3. La liberté religieuse.

N° 4. L'ordre public.

N° 5. L'intérêt public et l'intérêt privé.

I. *Clauses concernant les biens.*

II. *De la défense d'aliéner.*

III. *Effets de la clause pénale.*

§ IV. *Des conditions contraires aux bonnes mœurs.*

N° 1. Définition.

N° 2. Des conditions concernant le mariage.

N° 3. De la condition de se faire ou de ne pas se faire prêtre.

§ V. *De la cause en matière de donations et de testaments.*





